

Wolfgang Wilhelm Holtkamp

MITWIRKUNGSPROBLEME BEI AUSSCHLUSS-
UND ENTZIEHUNGSKLAGEN IM RECHT
DER PERSONENHANDELSGESELLSCHAFTEN

1978

1979



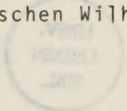
Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555407_0022

MITWIRKUNGSPROBLEME BEI AUSSCHLUSS-
UND ENTZIEHUNGSKLAGEN IM RECHT DER
PERSONENHANDELSGESELLSCHAFTEN

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster



vorgelegt von

Wolfgang Wilhelm Holtkamp
aus Drensteinfurt

1979



Erster Berichterstatter: Professor Dr. Kollhossner

Zweiter Berichterstatter: Professor Dr. Brox

Dekan: Professor Dr. Welp

Tag der mündlichen Prüfung: 27. September 1978

MEINEN ELTERN

1. Eltern
2. Eltern
3. Eltern
4. Eltern
5. Eltern
6. Eltern
7. Eltern
8. Eltern
9. Eltern
10. Eltern
11. Eltern
12. Eltern
13. Eltern
14. Eltern
15. Eltern
16. Eltern
17. Eltern
18. Eltern
19. Eltern
20. Eltern
21. Eltern
22. Eltern
23. Eltern
24. Eltern
25. Eltern
26. Eltern
27. Eltern
28. Eltern
29. Eltern
30. Eltern
31. Eltern
32. Eltern
33. Eltern
34. Eltern
35. Eltern
36. Eltern
37. Eltern
38. Eltern
39. Eltern
40. Eltern
41. Eltern
42. Eltern
43. Eltern
44. Eltern
45. Eltern
46. Eltern
47. Eltern
48. Eltern
49. Eltern
50. Eltern
51. Eltern
52. Eltern
53. Eltern
54. Eltern
55. Eltern
56. Eltern
57. Eltern
58. Eltern
59. Eltern
60. Eltern
61. Eltern
62. Eltern
63. Eltern
64. Eltern
65. Eltern
66. Eltern
67. Eltern
68. Eltern
69. Eltern
70. Eltern
71. Eltern
72. Eltern
73. Eltern
74. Eltern
75. Eltern
76. Eltern
77. Eltern
78. Eltern
79. Eltern
80. Eltern
81. Eltern
82. Eltern
83. Eltern
84. Eltern
85. Eltern
86. Eltern
87. Eltern
88. Eltern
89. Eltern
90. Eltern
91. Eltern
92. Eltern
93. Eltern
94. Eltern
95. Eltern
96. Eltern
97. Eltern
98. Eltern
99. Eltern
100. Eltern

G L I E D E R U N G

1. Teil

<u>Problemstellung und Eingrenzung des Themas</u>	1
§ 1 Mitwirkungsprobleme	1
§ 2 Die Ausschlußklage als Ausgangspunkt der Untersuchung	2
§ 3 Die Beschränkung der Untersuchung auf die Personenhandelsgesellschaften	2
I. Keine gesonderte Untersuchung der Rechtslage bei der BGB-Gesellschaft	2
II. Keine Untersuchung der Rechtslage bei der stillen Gesellschaft	3
III. Keine Berücksichtigung der Rechtslage bei den Kapitalgesellschaften	6
IV. Keine besonderen Mitwirkungsprobleme bei der Genossenschaft	7

2. Teil

<u>Die Notwendigkeit einer Beteiligung aller Gesellschafter an den Klagen aus §§ 140, 117 und 127 HGB</u>	9
§ 1 Der Grundsatz einer Verfahrensbeteiligung aller Gesellschafter an der Ausschlußklage	9
I. Die h.M. verlangt die Mitwirkung aller Gesellschafter	9
II. Der Wortlaut der Vorschrift	10
III. Die historische Entwicklung des § 140 HGB	10
IV. Sinn und Zweck der Regelung	11
1. Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern	11
2. Schutz des Auszuschließenden	12
V. Gestaltungs- und Rechtskraftwirkung des Urteils	14
1. Das Ausschlußurteil ist Gestaltungsurteil	14
2. Keine Klageerhebung aller Gesellschafter zwecks Einbeziehung in die Gestaltungswirkung des Urteils	15

a) Das Nebeneinander von Gestaltungs- und Rechtskraftwirkung	15
b) Die Ansicht Blomeyers	17
c) Die Rechtskraftwirkung des Urteils als Grund für eine Klage aller Gesellschafter	20
VI. Die Ausschlußbefugnis als Gemeinschaftsrecht	21
VII. Die Feststellung des wichtigen Grundes im Verhältnis zu allen übrigen Gesellschaftern	24
VIII. Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)	25
IX. Die Teilnahme aller übrigen Gesellschafter als notwendige Streitgenossen (§ 62 Abs. 1, 2. Fall ZPO)	27
1. Notwendige Streitgenossenschaft der übrigen Gesellschafter	27
a) Notwendige Streitgenossenschaft aus sonstigem Grund (§ 62 Abs. 1, 2. Fall ZPO)	27
b) Keine Klage der Gesellschaft	28
2. Abweisung der Klage nur eines Teils der übrigen Gesellschafter als unzulässig	30
3. Klagerücknahme eines notwendigen Streitgenossen	32
§ 2 Ausnahmen von dem Grundsatz einer Klageerhebung aller übrigen Gesellschafter	35
I. Der gleichzeitige Ausschluß mehrerer Gesellschafter in einem Verfahren	35
1. Zulassung durch die einhellige Ansicht aufgrund eines unabweisbaren praktischen Bedürfnisses	35
2. Überprüfung der Ausnahme anhand der Gründe, die zum Grundsatz der Klageerhebung durch alle übrigen Gesellschafter geführt haben	37
a) Fortsetzung der Gesellschaft und rechtliches Gehör der Gesellschafter bleiben gewährleistet	37
b) Der Schutz des Auszuschließenden bleibt gewahrt	37
c) Die gemeinschaftsrechtliche Natur der Ausschließungsbefugnis steht dem gleichzeitigen Ausschluß mehrerer nicht entgegen	38

d) Die fehlende gegenseitige Rechtskraftwirkung der Ausschlußurteile hindert den gleichzeitigen Ausschluß mehrerer nicht	39
3. Mehrere gemeinsam auf Ausschluß verklagte Gesellschafter sind notwendige Streitgenossen (§ 62 Abs. 1, 1. Fall ZPO)	40
4. Die Notwendigkeit eines gemeinsamen Ausschlußgrundes beim Ausschluß mehrerer	44
5. Zur Möglichkeit des Ausschlusses aller übrigen Gesellschafter durch einen einzelnen	45
II. Die Verpflichtung eines Gesellschafters, mit Rechtskraft des Ausschlußurteils gegen einen Mitgesellschafter freiwillig auszuscheiden	46
1. Die Differenzierung nach dem Vorliegen eines Ausschlußgrundes in der Person des freiwillig Ausscheidenden	46
2. Überprüfung der Ausnahme im Hinblick auf die Gründe, die zur Notwendigkeit einer Prozeßbeteiligung aller übrigen Gesellschafter geführt haben	49
a) Sinn und Zweck des § 140 HGB steht der Zulassung der Ausnahme nicht entgegen	49
b) Die gemeinschaftsrechtliche Natur der Ausschlußbefugnis hindert die Ausnahme nicht	51
c) Keine Bedenken aus der fehlenden Rechtskraft	52
d) Zur Ansicht Ulmers	53
3. Zur Art und Weise des freiwilligen Ausscheidens	55
III. Das bindende Einverständnis mit der Klage	57
1. Der Wortlaut des § 140 HGB	57
2. Die vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeiten	58
3. Die Doppelwirkung der Einverständniserklärung	59
4. Die Einwilligung in die Ausschließung des Mitgeschafters	60
5. Die Bevollmächtigung der klagenden Gesellschafter durch den an der Klage nicht teilnehmenden	61

6. Die Ermächtigung der klagenden Gesellschaften durch den nicht an der Klage teilnehmenden	63
a) Die Zulässigkeit der gewillkürten Prozeßstandschaft bei Gestaltungs-klagen	63
b) Die Voraussetzungen der gewillkürten Prozeßstandschaft	64
aa) Das rechtliche Interesse des Ermächtigten	65
bb) Die Einräumung der materiellen Verfügungsbefugnis	66
c) Die Zulässigkeit der gewillkürten Prozeßstandschaft im Hinblick auf die übrigen Normzwecke des § 140 HGB	70
7. Die Auslegung der Einverständniserklärung als Ermächtigung oder Bevollmächtigung	71
§ 3 Die Übertragbarkeit der für die Ausschlußklage gefundenen Ergebnisse auf die Entziehungsklagen (§§ 117, 127 HGB)	72
I. Die Notwendigkeit einer Verfahrensbeteiligung aller Gesellschafter an den Entziehungsklagen	72
II. Ausnahmen von dem Grundsatz der notwendigen Teilnahme aller Gesellschafter an den Entziehungsklagen	74
1. Die Entziehungsklage gegen mehrere Gesellschafter in einem Verfahren	74
a) Bedenken aus der gemeinschaftsrechtlichen Natur der Entziehungsbefugnis	75
b) Bedenken aus der fehlenden gegenseitigen Rechtskraft der Entziehungsurteile	76
c) Überwindung der Bedenken durch das zusätzliche Erfordernis der innerlich zusammenhängenden Entziehungsgründe	76
d) Zur Möglichkeit der Abberufung mehrerer geschäftsführender oder vertretungsberechtigter Gesellschafter durch einen einzelnen	79
2. Die Verpflichtung eines Gesellschafters, mit Rechtskraft des Entziehungsurteils gegen einen Mitgesellschafter eine gleiche Befugnis ebenfalls aufzugeben	80
3. Das bindende Einverständnis mit dem Klageziel	82

3. Teil

<u>Besteht eine Pflicht zur Mitwirkung an den Klagen nach §§ 140, 117, 127 HGB?</u>	83
§ 1 Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Mitwirkungspflicht fehlt	83
I. Kein Anspruch auf Mitwirkung nach § 114 Abs. 1 HGB	83
II. Kein Anspruch auf Mitwirkung nach §§ 105 Abs. 2 HGB, 705 BGB	84
§ 2 Die Treuepflicht ist nach herrschender Meinung Rechtsgrundlage eines Anspruchs auf Mitwirkung an den Klagen nach §§ 140, 117, 127 HGB	85
§ 3 Die Konkretisierung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht	89
I. Die Rechtsgrundlage der Treuepflicht als Konkretisierungshinweis	89
II. Die Personenhandelsgesellschaft als "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis"	92
III. Das Vertrauen als Mittel zur Konkretisierung der Treuepflicht	94
IV. Der Gesellschaftszweck als Mittel zur Konkretisierung der Treuepflicht	95
V. Die Personenhandelsgesellschaft als Dauer-schuldverhältnis	98
VI. Das Merkmal der Zumutbarkeit als Mittel zur Eingrenzung der Treuepflicht	99
VII. Die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit als Mittel zur Eingrenzung der Treuepflicht	102
VIII. Privatautonomie und Vertragsgerechtigkeit als Hintergrund der Treuepflichtlehre	104
§ 4 Ergibt sich aus der Treuepflicht eine Pflicht des Gesellschafters zur Mitwirkung an der Ausschußklage nach § 140 HGB?	106
I. Die personelle Zusammensetzung der Gesellschaft als Grenze einer Mitwirkungspflicht	106
II. Die Subjektbezogenheit der Treuepflicht führt zu einem subjektiven Beurteilungsmaßstab	110
III. Kein Vorrang der Zweckförderungspflicht (§§ 105 HGB, 705 BGB)	113

IV. Ist die Mitwirkung an der Ausschlußklage einem Gesellschafter gegen seinen Willen zumutbar?	115
1. Privilegierung des Einzelinteresses des Gesellschafters in § 140 HGB	116
a) Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift	116
b) Keine Einigkeit zur Fortsetzung der Gesellschaft bei Anerkennung einer Mitwirkungspflicht	117
c) Der Schutz des Auszuschließenden gründet sich auf die Entscheidungsfreiheit des einzelnen	118
d) Die Mitwirkungspflicht widerspricht dem Einstimmigkeitsprinzip des § 140 HGB	119
2. Privilegierung des Einzelinteresses des Gesellschafters aus dem Rechtsgedanken der §§ 707 BGB, 3 Abs. 2, 53 Abs. 3 GmbHG, 7 Nr. 1, 18 GenG und 55 Abs. 1 AktG	120
3. Die Ausschlußbefugnis ist ein eigennütziges Mitgliedschaftsrecht	122
4. Das Kostenrisiko	125
5. Die Folgeprobleme einer Mitwirkungspflicht	127
V. Ist die Mitwirkungspflicht ein verhältnismäßiges Mittel zur Erhaltung des Unternehmensbestandes?	130
VI. Ist die Mitwirkungspflicht als mildestes Mittel zur Konfliktlösung erforderlich?	137
1. Duldungspflicht statt Mitwirkungspflicht	137
2. Die Schadensersatzlösung	138
3. Klage auf Feststellung des wichtigen Grundes in der Person des Auszuschließenden	139
4. Der Ausschluß des mitwirkungsunwilligen Gesellschafters als weniger einschneidende Lösung	141
VII. Mitwirkungspflicht und richterliche Gestaltungsmacht	147
VIII. Zwischenergebnis: Der Treuegedanke rechtfertigt eine Mitwirkungspflicht an der Ausschlußklage nicht	150

§ 5	Läßt sich eine Mitwirkungspflicht an der Ausschlußklage auf die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage stützen?	151
§ 6	Keine Mitwirkungspflicht des einzelnen Gesellschafters an den Entziehungsklagen (§§ 117, 127 HGB)	157
I.	Keine Mitwirkungspflicht an einer Veränderung von Geschäftsführung und Vertretung als den entscheidenden Funktionen in der Gesellschaft	158
II.	Die Entziehung von Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht als subjektive Entscheidung des einzelnen	159
III.	Eine zwangsweise Mitwirkung ist dem einzelnen Gesellschafter nicht zumutbar	160
IV.	Die Mitwirkungspflicht ist auch bei den Entziehungsklagen weder verhältnismäßig noch erforderlich	162
V.	Keine Ausweitung der richterlichen Gestaltungsmacht durch Anerkennung einer Mitwirkungspflicht	163
4. Teil		
	<u>Die prozessualen Probleme der Mitwirkungslehre</u>	164
§ 1	Problematik und Meinungsstand	164
§ 2	Vorabentscheidung über die Mitwirkungspflicht analog §§ 280, 303 ZPO	167
§ 3	Die Durchbrechung des Prinzips der gemeinsamen Klage aller übrigen Gesellschafter	174
5. Teil		
	<u>Hinweise für eine vertragliche Problemlösung und Zusammenfassung</u>	180
§ 1	Vertragliche Regelungsmöglichkeiten	
I.	Ausschluß und Abberufung von Gesellschaftern durch Beschluß	182
1.	Die Zulässigkeit eines Mehrheitsbeschlusses über diese Maßnahmen	182

2. Zur Bestimmtheit der Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag	185
3. Die Anhörung des Betroffenen vor Be- schlußfassung	187
4. Die gerichtliche Nachprüfung des Be- schlusses im Wege der Feststellungs- klage	190
II. Die vertragliche Vereinfachung des Aus- schluß- und Abberufungsprozesses	196
1. Der Vorschlag Ulmers	196
2. Ausschluß und Abberufung durch eine mehrheitlich beschlossene Klage der Mehrheit als Prozeßstandschafter	198
§ 2 Zusammenfassung	200

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

a. F.	alter Form
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
Erg.	Ergebnis
Fn.	Fußnote
Forts.	Fortsetzung
Grundz.	Grundzüge
h. M.	herrschende Meinung
Ih. Jb.	Iherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
insbes.	insbesondere
Lit.	Literatur
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
Rdn.	Randnote
S.	a) Seite b) Satz (hinter Absatz in §§-Angaben)
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
v.	vom
Vorbem.	Vorbemerkung
w. Nachw.	weitere Nachweise
zit.	zitiert
z. T.	zum Teil

Im übrigen werden die bei

Kirchner, Hildebert,

Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,

2. Auflage, Berlin 1968

sowie im

Duden,

Rechtschreibung der deutschen Sprache und der Fremdwörter, 17. Auflage, Mannheim, Wien, Zürich 1973,

angegebenen Abkürzungen benutzt.

Literaturverzeichnis

- Anschütz, August
Nölderndorff, O.
Freiherr von Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche,
Zweiter Band, Erste Abteilung,
Erlangen 1870, zit.: Anschütz
- Ballerstedt, Kurt Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften, JuS 1963 S. 253-263
- Barz, Carl-Hans Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts v. 7.12.1942
- II ZR 110/42 -, DR 1943 S. 809
- Baumbach, Adolf
Hueck, Alfred
Hueck, Götz Aktiengesetz,
13. Auflage, München 1968,
zit.: Baumbach-Hueck AktG
- Baumbach, Adolf
Hueck, Alfred GmbH-Gesetz,
13. Auflage, München 1970,
zit.: Baumbach-Hueck GmbHG
- Baumbach, Adolf
Duden, Konrad Handelsgesetzbuch,
22. Auflage, München 1977;
13. Auflage, München 1959,
zit.: Baumbach-Duden, 13. Aufl.
- Baumbach, Adolf
Lauterbach, Wolfgang
Albers, Jan
Hartmann, Peter Zivilprozeßordnung,
35. Auflage, München 1977,
zit.: Baumbach-Bearbeiter
- Baur, Fritz Der Anspruch auf rechtliches Gehör,
AcP 153 S. 393-412
- derselbe Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 1957 S. 193-197
- Becher, Hans Wettbewerbsverbot und gesellschaftsmäßige Treupflicht,
NJW 1961 S. 1998-2000
- Bergmann Über den Mißbrauch gesellschaftlicher Machtstellungen
(§§ 101, 197 Abs. 2 AktG),
ZHR 105 (1938) S. 1-43
- Bettermann, Karl-August Anmerkung zum Urteil des Landgerichts Bad Kreuznach v. 1.4.1955
- 1 S 3/55 -, NJW 1955 S. 950

- Blomeyer, Arwed Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren,
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1963
- Boehm Zur Auslegung des § 117 HGB,
DJZ 1928 Sp. 936
- Boehmer, Henning von Die Beschränkung von Gesellschaft-
terrechten durch Änderung des Ge-
sellschaftsvertrages auf Grund
von Mehrheitsbeschlüssen,
JZ 1949 S. 557-559
- Bötticher, Eduard Besinnung auf das Gestaltungsrecht
und das Gestaltungsklagerecht,
Vom Deutschen zum Europäischen
Recht, Festschrift für Hans Dölle,
Band I, Tübingen 1963 S. 41-77
zit.: Bötticher, Festschrift
Dölle
- derselbe Kritische Beiträge zur Lehre von
der materiellen Rechtskraft im
Zivilprozeß, Berlin 1930
zit.: Bötticher, Kritische Beiträge
- Breit, James Gerichtliche Auflösung der offenen
Handelsgesellschaft und gericht-
liche Ausschliefung von Gesell-
schaftern aus der offenen Handels-
gesellschaft
(§§ 133, 140, 142 HGB),
JR 1926 Sp. 761-780, Fortsetzung
Sp. 857-865
- Brodmann, E. Nichtig und anfechtbare General-
versammlungsbeschlüsse im Entwurf,
JW 1931 S. 775-778
- Brüggemann, Erich Die Treupflicht des Kommanditisten,
Diss. Münster 1952
- Buchwald Ausschluß und Entziehung der Ver-
tretungsmacht des einzigen vertre-
tungsberechtigten Gesellschafters
einer Personengesellschaft,
BB 1965 S. 1342-1344
- Bydlinski, Franz Privatautonomie und objektive
Grundlagen des verpflichtenden
Rechtsgeschäfts,
Wien - New York 1967

- Canaris, Claus-
Wilhelm Die Vertrauenshaftung im deut-
schen Privatrecht,
München 1971
- Das Bürgerliche Ge-
setzbuch Kommentar herausgegeben von
Reichsgerichtsräten und Bundes-
richtern, II. Band, 2. Teil,
11. Auflage, Berlin 1960,
zit.: Bearbeiter, RGRK-BGB
- Dölle, Hans Die sachliche Rechtskraft der
Gestaltungsurteile,
ZfP 62 (1941) S. 281-293
- Domnich, Walter Ist die gewillkürte Prozeß-
standschaft bei der Mietaufhe-
bungsklage zulässig?,
NJW 1954 S. 1589-1591
- Dreiss, Wolfgang Unfreiwilliges Ausscheiden aus
Eitel-Dreiss, Monika Gesellschaften,
Bergisch Gladbach 1971
- Düringer, Adalbert Das Handelsgesetzbuch,
Hachenburg, Max II. Band, 2. Hälfte, §§ 105-177,
335-342, erläutert von Julius
Flechtheim, 3. Auflage,
Mannheim/Berlin/Leipzig 1932,
zit.: Düringer-Hachenburg-
Flechtheim
- Eichler, Hermann Die Rechtslehre vom Vertrauen,
Tübingen 1950
- Erman, Walter Eilmaßnahmen aus §§ 117, 127 HGB
und Schiedsvertrag,
Festschrift für Philipp Möhring
zum 65. Geburtstag, München
und Berlin 1965 S. 3-21,
zit.: Erman, Festschrift Möhring I
- derselbe Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, 6. Auflage, 1. und 2.
Band, Münster 1975,
zit.: Erman-Bearbeiter
- Emmerich, Volker Anmerkung zum Urteil des Oberlan-
desgerichts Bremen v. 6.4.1972
- 2 U 92/71 -, JuS 1973 S. 186
- Esser, Josef § 242 BGB und die Privatautonomie,
JZ 1956 S. 555-557

- Esser, Josef Schuldrecht, Band 2, 4. Auflage,
Heidelberg Karlsruhe 1971
- Esser, Josef
Schmidt, Eike Schuldrecht, Band 1, Allgemeiner
Teil, Teilband 1, 5. Auflage,
Karlsruhe 1975;
Teilband 2, 5. Auflage, Heidel-
berg Karlsruhe 1976
- Fechner, Erich Die Treubindungen des Aktionärs,
Weimar 1942
- derselbe Hueck, Der Treuegedanke im moder-
nen Privatrecht, DRZ 1949 S. 94
- Fischer, Robert Anmerkung zum Urteil des Bundes-
gerichtshofs v. 13.5.1953
- II ZR 157/52 (Hamburg) -,
BGH LM Nr. 3 zu § 133 HGB
- derselbe Anmerkung zum Urteil des Bundes-
gerichtshofs v. 17.12.1959
- II ZR 32/59 (Düsseldorf) -,
BGH LM Nr. 7 zu § 140 HGB
- derselbe Anmerkung zum Urteil des Bundes-
gerichtshofs v. 10.6.1965
- II ZR 6/63 -, BGH LM Nr. 3
zu § 114 HGB
- derselbe Die Entziehung der Geschäftsfüh-
rungs- und Vertretungsbefugnis
in der OHG,
NJW 1959 S. 1057-1064
- derselbe Die Grenzen der Ausübung gesell-
schaftlicher Mitgliedschaftsrechte,
NJW 1954 S. 777-780
- derselbe Gedanken über einen Minderheiten-
schutz bei den Personengesell-
schaften,
Festschrift für Carl-Hans Barz,
Berlin, New York 1974 S. 33-48
- derselbe Vertragsfreiheit und Sozialbindung,
DRiZ 1974 S. 209-213
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, 2. Band Das Rechtsgeschäft,
2. Auflage, Berlin Heidelberg New York 1975
- derselbe Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
1. Band, 1. Teil, Die Personengesellschaft,
Berlin Heidelberg New York 1977,
zit.: Flume, Personengesellschaft

- Flume, Werner Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band I, Karlsruhe 1960 S. 135-238, zit.: Flume, Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages I
- Freese, Günther Die positive Treuepflicht, Diss. Münster 1970
- Fries, Thomas Familiengesellschaft und Treuepflicht, Köln, Berlin, Bonn, München 1971
- Ganßmüller, Helmut Die Tätigkeitsvergütung geschäftsführender Gesellschafter der OHG, Köln 1961, zit.: Ganßmüller, Tätigkeitsvergütung
- derselbe Die Tätigkeitsvergütung und andere besondere Vergütungen an Gesellschafter von Personengesellschaften und ihre Abänderung, DB 1965 S. 1893-1899
- derselbe Weitere Fragen zur Anpassung des Geschäftsführergehaltes bei Personengesellschaften, DB 1966 S. 1505-1511
- Gierke, Julius von Alfred Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, ZHR 111 (1948) S. 190-199
- Gogos, Demetrius Die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft, Tübingen 1953
- Grunsky, Wolfgang Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Auflage, Bielefeld 1974
- Haarmann, Wilhelm Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsschuldverhältnissen, Diss. Münster 1978
- Haarmann, Wilhelm
Holtkamp, Wolfgang Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs v. 18.10.1976 - II ZR 98/75 -, NJW 1977 S. 1396

- Hachenburg, Max Aus dem Rechte der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, LZ 1912 Sp. 459-471
- Handelsgesetzbuch Großkommentar, Begründet von Hermann Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts, Zweiter Band, 1. Halbband §§ 105-144, Berlin, New York 1973; Zweiter Band, 2. Halbband §§ 145-177, §§ 335-342, Berlin 1970, zit.: Bearbeiter in Großkomm. HGB
- Handelsgesetzbuch Kommentar, Früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, Zweiter Band (§§ 105-177, §§ 335-342) bearbeitet von Otto Weipert, zweite Auflage Berlin 1950, zit.: Weipert, RGRK-HGB
- Hadding, Walther Zur Einzelklagebefugnis des Gesellschafters einer Personengesellschaft, JZ 1975 S. 159-165
- Hartmann, Bernhard Der lästige Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis, 3. Auflage, Köln 1972
- Heckelmann, Dieter Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, München 1973
- Hedemann, Justus Wilhelm Die Flucht in die Generalklauseln, Tübingen 1933
- Hellwig, Konrad Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Dritter Band, Erste Lieferung, Leipzig 1908
- Henckel, Wolfram Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961
- Herschel, Wilhelm Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts v. 17.1.1940 - II ZR 126/39 -, DR 1940 S. 721
- Heyn, Karl Grenzen der Buchwertabfindung auscheidender Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften, Festschrift für Gerhard Schiedermair S. 271-287
- Heymann, Ernst
Kötter, Hans-Wilhelm Handelsgesetzbuch, 21. Auflage, Berlin, New York 1971

- Hilger, M.L. Rentenreform und betriebliche Ruhegeldzusagen,
BB 1957 S. 296-299
- Hoeniger, Heinrich Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts v. 6.11.1923
- II ZR 104/23 (Hamburg) -
JW 1924 S. 671
- Horrwitz, Walter Ober die Freiheit der Abstimmung
im Aktienrecht,
JW 1930 S. 2637-2643
- Hubmann, Heinrich Der Treuegedanke im Aktienrecht,
Diss. München 1948
- derselbe Grundsätze der Interessenabwägung,
AcP 155 (1956) S. 85-134
- Hueck, Alfred Anmerkung zum Urteil des Obersten
Gerichtshofes für die Britische
Zone v. 16.6.1948
- ZS 11/48-, SJZ 1948 Sp. 755-757
- derselbe Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes v. 10.6.1965
- II ZR 6/63 -, JR 1965 S. 387
- derselbe Ausschluß eines Gesellschafters
aus einer GmbH,
DB 1953 S. 776-778
- derselbe Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Auflage,
Berlin, New York 1971,
zit.: A. Hueck, OHG
- derselbe Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, Sitzungsbericht der
Bayerischen Akademie der Wissenschaft, München 1947
zit.: A. Hueck, Treuegedanke
- derselbe Der Treuegedanke im Recht der
offenen Handelsgesellschaft,
Festschrift für Rudolf Hübner,
Jena 1935 S. 72-91,
zit.: A. Hueck, Festschrift
Hübner

- Hueck, Alfred Gesellschafterbeschlüsse bei offenen Handelsgesellschaften. Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Zweiter Band, Festschrift für Carl Heymanns, Marburg in Hessen 1931 S. 700-732
zit.: A. Hueck, Gesellschafterbeschlüsse
- derselbe Gestaltungsclagen im Recht der Handelsgesellschaften, Recht im Wandel, Festschrift Hundertfünfzig Jahre Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München 1965 S. 286-306
- derselbe Inwieweit besteht eine gesellschaftliche Pflicht des Gesellschafters einer Handelsgesellschaft zur Zustimmung zu Gesellschafterbeschlüssen?
ZGR 1972 S. 237-253
- Jauernig, Othmar Tod eines Ehegatten vor Beginn, während oder nach Abschluß des Eheprozesses,
FamRZ 1961 S. 98-104
- derselbe Zivilprozeßrecht,
18. Auflage, München 1977
- Karger, Alfred Zur Auslegung des § 117 HGB,
DJZ 1928 Sp. 1074
- Keidel, Theodor Freiwillige Gerichtsbarkeit,
10. Auflage, München 1972
- Kohler, Josef Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person,
ZHR 74 (1913) S. 456-461
- derselbe Nochmals die offene Handelsgesellschaft als juristische Person,
ArchBürgR 40 (1914) S. 242
- Kohler, R. Die Klage auf Zustimmung zum Abschluß eines Gesellschafters,
NJW 1951 S. 5-7
- Kollhosser, Helmut Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs v. 28.4.1975
- II ZR 16/73 (Karlsruhe) -,
NJW 1976 S. 144

- Kollhosser, Helmut Grundlagen des Verfahrensrechts,
JZ 1973 S. 8-12
- derselbe Noch einmal: Zustimmungspflicht
zur Abänderung von Gesellschafts-
verträgen bei Personenhandelsge-
sellschaften - Rechtsprechungs-
analyse,
Festschrift für Johannes Bärman,
München 1975 S. 533-552,
zit.: Kollhosser, Festschrift
Bärman
- derselbe Unternehmerlohn, Schadensersatz
und Regreßinteressen beim Unfall
eines geschäftsführenden Gesell-
schafters einer Personengesell-
schaft,
ZHR 129 (1967) S. 121-158
- derselbe Zur Stellung und zum Begriff der
Verfahrensbeteiligten im Erkennt-
nisverfahren der freiwilligen Ge-
richtsbarkeit, München 1970
zit.: Kollhosser, Verfahrensbe-
teiligte
- derselbe Zustimmungspflicht zur Abänderung
von Gesellschaftsverträgen bei
Personenhandelsgesellschaften,
Festschrift für Harry Westermann,
Karlsruhe 1974, S. 275-290,
zit.: Kollhosser, Festschrift
Westermann
- Konzen, Horst Gesellschafterpflicht und Abgeord-
netenmandat,
AcP 172 (1972) S. 317-341
- Küster, Werner Inhalt und Grenzen der Rechte der
Gesellschafter, insbesondere des
Stimmrechts im deutschen Gesell-
schaftsrecht, Berlin 1954
- Kuhn, Georg Die Rechtsprechung des BHG zur
offenen Handelsgesellschaft,
WM 1973 S. 1186-1197
- Lang/Weidmüller Genossenschaftsgesetz,
30. Auflage, Berlin . New York
1974

- Larenz, Karl Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Auflage, München und Berlin 1963, zit.: Larenz, Geschäftsgrundlage
- derselbe Methodenlehre, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1975
- Laufke, Franz Die Handelsgesellschaften und das zwingende Recht, Prag 1931
- Lehmann, Heinrich Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1959, zit.: Lehmann, 2. Aufl.
- Lehmann, Heinrich
Dietz, Rolf Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1970, zit.: Lehmann-Dietz, 3. Aufl.
- Lent, Friedrich Die notwendige und die besondere Streitgenossenschaft, Ih.Jb. 90 (1942) S. 1-100
- derselbe Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile, ZJP 61 (1939) S. 279-312
- Lerche, Peter Übermaß und Verfassungsrecht, Köln, Berlin, München, Bonn 1961
- Lindacher, Walter F. Die Klage auf Ausschließung eines OHG- bzw. KG Gesellschafters, Festschrift für Heinz Paulick, Köln-Marienburg 1973 S. 73-80
- derselbe Gesellschafterausschluß, Einwand der clean hands und Gleichbehandlungsgebot, BB 1974 S. 1710-1613
- Löhlein Die Treuepflicht des Aktionärs, JR 1950 S. 497-499
- Lukes, Rudolf Teilentzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse bei der OHG durch Urteil, JR 1960 S. 41-48
- Lutter, Marcus Zur Treuepflicht des Großaktionärs, JZ 1976 S. 225-233
- Makower, H. Handelsgesetzbuch mit Kommentar, Erster Band, Buch I und II (Handelsstand, Gesellschaften), 13. Auflage, Berlin 1906

- Martens, Klaus-Peter Bestimmtheitsgrundsatz und Mehrheitskompetenzen im Recht der Personengesellschaften, DB 1973 S. 413-420
- Merkel, Kurt Ausschließung eines Gesellschafters aus einer handelsrechtlichen Personengesellschaft, BB 1960 S. 1039
- derselbe Ausschließung eines Gesellschafters aus einer handelsrechtlichen Personengesellschaft, MDR 1961 S. 729-731
- derselbe Die Grenzen der Änderung eines OHG-Gesellschaftsvertrages durch Dreiviertelmehrheitsbeschluß, NJW 1968 S. 1366
- Möhle, Fritz Die Personengesellschaft OHG · KG · StG, 2. Auflage, Stuttgart 1957
- Möhring, Philipp Zur Zulässigkeit von Abfindungsklauseln in den Verträgen der Handelsgesellschaften, Festschrift für Carl Hans Barz, Berlin New York 1974 S. 49-66
- Müller, Ulrich Die Treupflicht im Bürgerlichen Recht, DJZ 1935 Sp. 269-274
- Nickel, Egbert Probleme der Ausschlußklage bei OHG und KG - BGHZ 65, 253, JuS 1977 S. 14-19
- Nitschke, Manfred Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, Bielefeld 1970
- Ott, Claus Recht und Realität der Unternehmenskorporationen, Tübingen 1977
- Pabst, Günter Die Mitwirkungspflicht bei der Abänderung der Grundlagen von Personengesellschaften. Frankfurt Bern 1976
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 37. Auflage, München 1977, zit.: Palandt-Bearbeiter

- Potthoff, Erich
Zintzen, Heinrich
Halft, Karl Handbuch der Gesellschaftsverträge
in Personalgesellschaften,
3. Auflage, Köln und Opladen 1965
- Raiser, Ludwig Vertragsfreiheit heute,
JZ 1958 S. 1-8
- derselbe Vertragsfunktion und Vertragsfrei-
heit, Festschrift zum hundertjäh-
rigen Bestehen des Deutschen
Juristentages, Band 1,
Karlsruhe 1960 S. 101-134,
zit.: Raiser, Festschrift zum
100-jährigen Bestehen des Deut-
schen Jusristentages I
- derselbe Das Unternehmensinteresse,
Festschrift für Reimer Schmidt,
Karlsruhe 1976 S. 101-119
- Reichel, Hans Kündigung der Gesellschaft oder
Ausschließung eines Gesellschafters,
AcP 137 (1933) S. 339-345
- Reinhardt, Rudolf Privates Unternehmen und öffentli-
ches Interesse,
Festschrift für Alfred Hueck,
München und Berlin 1959, S. 439-457
- Reinicke, Dietrich Die Zulassung von Rechtsanwälten
im vereinsgerichtlichen Ausschuß-
verfahren,
NJW 1975 S. 2048-2052
- Reuter, Dieter Besprechung der Entscheidung
BGH WM 1974, 831, ZGR 1976,
S. 88-96
- derselbe Privatrechtliche Schranken der
Perpetuierung von Unternehmen,
Frankfurt 1973,
zit.: Reuter, Perpetuierung
- Rinsche, Franz-
Josef Das Verhältnis der materiell-
rechtlichen Voraussetzungen der
Gesellschafterausschließung nach
§§ 140, 142 HGB zu denen der Ge-
sellschaftsauflösung nach § 133 HGB,
Diss. Münster 1963
- Rötelmann Der Wegfall unentbehrlicher Gesell-
schafter bei der OHG und KG,
NJW 1956 S. 1617-1621

- Roquette, Hermann Die Klagebefugnis bei Mietaufhebungs-
klagen,
DRZ 1949 S. 481-483
- Rosenberg, Leo Zur Lehre von der gewillkürten Pro-
zeßstandschaft,
JZ 1952 S. 132
- derselbe Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß-
rechts, 9. Auflage,
München und Berlin 1961
- Rosenberg, Leo Zivilprozeßrecht,
Schwab, Karl Heinz 12. Auflage, München 1977
- Rothe, Gerhard Richterliches Ermessen und Ge-
staltungswirkung,
AcP 151 (1950/1951) S. 33-42
- Rupp, Hans Die Anfechtungsklage und notwen-
dige Streitgenossenschaft,
DöV 1957 S. 144-146
- Säcker, Franz-Jürgen Die Unbeachtlichkeit der Klage-
rücknahme durch einen notwendigen
Streitgenossen als Anwendungsfall
der "exceptio doli" im Prozeßrecht,
JZ 1967 S. 51-55
- Saenger Anmerkung zum Urteil des Reichs-
gerichts vom 23.11.1928
- ZR II 221/28 -, JW 1929 S. 629
- Sandrock, Otto Zur Übernahme eines Unternehmens
nach § 142 HGB,
JR 1969 S. 323-330
- Schilling, Wolfgang Wandlungen des modernen Gesell-
schaftsrechts, JZ 1953 S. 489-494
- Schlegelberger, Franz Handelsgesetzbuch,
2. Band, 5. Auflage,
Berlin und Frankfurt a.M. 1973,
zit.: Schlegelberger-Bearbeiter
- Schlosser, Peter Gestaltungsklagen und Gestaltungs-
urteile, Bielefeld 1966
- Schmidt-Hern, Axel Die Ausschluß- und Obernahmeklage
bei der fehlerhaften offenen Han-
delsgesellschaft,
Diss. Münster 1970

- Schmidt-Rimpler, Walter Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941) S. 130-197
- derselbe Zum Problem der Geschäftsgrundlage, Festschrift für Hans Carl Nipperdey, München und Berlin 1955, S. 1-30
- Schneider, Uwe H. Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshof vom 23.10.1972 - II ZR 31/70 (Celle) - NJW 1973 S. 750
- derselbe Die Änderung des Gesellschaftsvertrages einer Personengesellschaft durch Mehrheitsbeschluß, ZGR 1972 S. 357-394
- Schneider, Herbert
Schneider, Uwe H. Die neuere Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Kommanditgesellschaft, ZGR 1972 S. 52-75
- Schneider, Herbert
Martin, Gustav Familienunternehmen und Untermertestament, 4. Auflage, Heidelberg 1963
- Scholz, Franz Der wichtige Grund, SJZ 1949 S. 2-9
- Schramm, Karlheinz Gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen über das Verfahren bei der Ausschließung eines Gesellschafters aus der OHG, MDR 1963 S. 174-177
- derselbe Vertragliche Vereinbarungen über die Ausschließung eines Gesellschafters aus der OHG, Diss. München 1962
- Schreiber, Otto Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, München 1925
- Serwe, Ludwig-Hans Der Anspruch eines Gesellschafters auf Mitwirkung bei den Klagen aus §§ 117, 127 HGB, Diss. Münster 1965
- Seydel, Helmut Ausschließung von Gesellschaftern, NWB Fach 18 S. 91

- Soergel, Hs. Th.
Siebert, W. Bürgerliches Gesetzbuch,
Band 1 Allgemeiner Teil (§§ 1-240),
Band 2 Schuldrecht I (§§ 241-610),
10. Auflage, Stuttgart Berlin
Köln Mainz 1967;
Band 3 Schuldrecht II (§§ 611-853),
10. Auflage, Stuttgart Berlin
Köln Mainz 1969;
zit.: Soergel-Bearbeiter
- Spengler, Albrecht Mehrheitsbeschlüsse bei Personen-
gesellschaften und deren Schranken,
Festschrift für Philipp Möhring zum
65. Geburtstag,
München und Berlin 1965, S. 165-182,
zit.: Spengler, Festschrift Möh-
ring
- Staub Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
Erster Band, Erster Halbband
(§§ 1-177), 10. Auflage,
Berlin und Leipzig 1920,
zit.: Staub-Bearbeiter
- Staudinger, Julius
von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch, II. Band, Teil 1b, § 242,
11. Auflage, Berlin 1961,
zit.: Staudinger-Weber;
II. Band, 4. Teil, §§ 705-822,
10./11. Auflage, Berlin 1975,
zit.: Staudinger-Bearbeiter
- Stein, Friedrich
Jonas, Martin Kommentar zur Zivilprozeßordnung,
1. Band, 19. Auflage,
Tübingen 1972, bis § 253 bearbei-
tet von Pohle,
zit.: Stein-Jonas-Pohle;
ab § 253 bearbeitet von Schumann
und Leipold,
zit.: Stein-Jonas-Schumann/
Leipold
- Stimpel, Walter Aus der jüngeren Rechtsprechung
des Bundesgerichtshofs zum Ge-
sellschaftsrecht,
ZGR 1973 S. 73-104
- derselbe Richterliche Rechtsfortbildung un-
ter besonderer Berücksichtigung
des gewerblichen Rechtsschutzes
und des Personengesellschafts-
rechts, Vorträge von Rudolf Pehle
und Walter Stimpel mit anschlie-
ßender Aussprache,
Karlsruhe 1969 S. 15-24

- Stötter, Viktor Der Wegfall der Geschäftsgrundlage wegen Kaufkraftminderung bei Gehalts- und Ruhegeldvereinbarungen, DB 1966 S. 809-813
- Sudhoff, Heinrich Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, 4. Auflage, München 1963
- derselbe Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln, DB 1965 S. 655-658
- Thomas, Heinz
Putzo, Hans Zivilprozeßordnung, 9. Auflage, München 1977
- Tillmann, Bert Ausschuß des Gesellschafters einer GmbH & Co KG wegen Überschreitens der Geschäftsführungsbefugnis, DB 1974 S. 1705-1710
- Ulmer, Peter Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28.4.1975
- II ZR 16/73 (Karlsruhe) -
JZ 1976 S. 96
- derselbe Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 5.6.1975
- II ZR 23/74 (Düsseldorf) -,
NJW 1976 S. 192
- derselbe Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10.5.1976
- II ZR 180/74 -, BB 1976 S. 950
- derselbe Gestaltungsclagen im Personengesellschaftsrecht,
Festschrift für Ernst Geßler,
München 1970 S. 269-282
zit.: Ulmer, Festschrift Geßler
- derselbe Kündigungsschranken im Handels- und Gesellschaftsrecht,
Festschrift für Philipp Möhring zum 75. Geburtstag S. 295-317,
zit.: Ulmer, Festschrift Möhring II
- Westermann, Harm
Peter Die Anpassung von Gesellschaftsverträgen an veränderte Umstände,
Festschrift für Wolfgang Hefermehl,
München 1976 S. 225-242

- Westermann, Harm
Peter Die Ausschließungsklage gemäß
§ 140 HGB - eine stumpfe Waffe?,
NJW 1977 S. 2185-2188
- derselbe Kautelarjurisprudenz, Rechtspre-
chung und Gesetzgebung im Span-
nungsfeld zwischen Gesellschafts-
und Wirtschaftsrecht,
AcP 175 (1975) S. 375-426
- derselbe Vertragsfreiheit und Typengesetz-
lichkeit im Recht der Personenge-
sellschaften,
Berlin-Heidelberg-New York 1970,
zit.: H.P. Westermann, Typenge-
setzlichkeit
- Westermann, Harry
Scherpf, Peter Handbuch der Personengesellschaften,
Paulick, Heinz 1.-2. Auflage, Köln-Marienburg
Hackbeil, Werner 1967/75, Stand Juli 1977,
zit.: H. Westermann, Handbuch
- Westermann, Harry Personengesellschaftsrecht,
2. Auflage, Köln 1973,
zit.: H. Westermann, Personenge-
sellschaftsrecht
- derselbe Wesen und Grenzen der richterli-
chen Streitentscheidung im Zivil-
recht, Münster 1955
zit.: H. Westermann, Richterliche
Streitentscheidung
- Weygand, Johannes Der Widerspruch des geschäftsfüh-
renden Gesellschafters einer
offenen Handelsgesellschaft
(Kommanditgesellschaft) nach
§ 115 HGB,
AcP 158 (1959/1960) S. 150-178
- Wiedemann, Herbert Die Übertragung und Vererbung von
Mitgliedschaftsrechten bei Handels-
gesellschaften,
München und Berlin 1965
- derselbe Unternehmerische Verantwortlich-
keit und formale Unternehmensziele
in einer zukünftigen Unternehmens-
verfassung,
Festschrift für Carl Hans Barz
S. 561-577

- Wieland, Karl Handelsrecht, Band I,
München und Berlin 1921,
zit.: Wieland I
- Wurm, Carl Das Rechtsformularbuch,
Wagner, Hermann 8. Auflage, Straubing 1972
Zartmann Hugo
- Zöllner, Wolfgang Arbeitsrecht, München 1977,
zit.: Zöllner, Arbeitsrecht
- derselbe Die Schranken mitgliedschaft-
licher Stimmrechtsmacht bei den
privatrechtlichen Personenver-
bänden,
München und Berlin 1963

M a t e r i a l i e n

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten. Nebst Motiven. Zweiter Theil: Motive. Berlin 1857, zit.: Motive

Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band - Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899, zit.: Mugdan, Materialien zum BGB

Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, herausgegeben von Hahn, fortgesetzt von Mugdan, Sechster Band, Materialien zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1897, zit.: Mugdan, Materialien

1. Teil

Problemstellung und Eingrenzung des Themas

§ 1 Mitwirkungsprobleme

Gemäß § 140 HGB kann das Gericht einen Gesellschafter einer OHG oder KG (§ 161 HGB) auf Antrag der übrigen Gesellschafter aus der Gesellschaft ausschließen, wenn dafür ein wichtiger Grund vorhanden ist. Ebenso können einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter aus wichtigem Grund durch gerichtliche Entscheidung die Geschäftsführungsbefugnis (§ 117 HGB) oder auch die Vertretungsmacht (§ 127 HGB) entzogen werden.

Verweigert nun einer der mehreren übrigen Gesellschafter seine Mitwirkung an einer solchen Klage, weil seine Einschätzung der Person und Arbeit des Auszuschließenden oder Abzuberufenden eine andere ist als die seiner Mitgesellschafter, ergeben sich drei Problemkreise.

Logisch vorrangig¹⁾ stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Beteiligung aller Gesellschafter an der Ausschlussklage und den Entziehungsklagen erforderlich ist.

Nur wenn diese Frage zu bejahen ist, können sinnvollerweise die durch zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofes wieder aktuell gewordenen weiteren Problemstellungen untersucht werden, ob ein mitwirkungsunwilliger Gesellschafter zu einer Beteiligung an diesen Klagen verpflichtet ist²⁾ und auf welchem prozessualen Weg ein solcher Mitwirkungsanspruch gegebenenfalls durchgesetzt werden kann.³⁾ Nur aus der ge-

1) Vgl. Ulmer, Festschrift Geßler S. 269.

2) BGHZ 64 S. 253 = JZ 1975 S. 95 = NJW 1975 S. 1410 mit Anm. Kollhosser NJW 1976 S. 144 = BB 1975 S. 896 = DB 1975 S. 1408 = MDR 1975 S. 822 = WM 1975 S. 774.

3) BGHZ 68 S. 81 = NJW 1977 S. 1013 mit Anm. Haarmann/Holtkamp S. 1396 = WM 1977 S. 500 = BB 1977 S. 615 = DB 1977 S. 857 = MDR 1977 S. 560 = JuS 1977 S. 686.

nauen Kenntnis der gesetzlichen Regelung und ihrer Schwierigkeiten können schließlich auch Vorschläge für eine vertragliche Gestaltung dieser Fragenbereiche gemacht werden.

§ 2 Die Ausschlußklage als Ausgangspunkt der Untersuchung

Bei der Untersuchung der einzelnen Problemkreise soll grundsätzlich von der Ausschlußklage ausgegangen werden. Die Entziehungsklagen sind dieser nach ihrer prozessualen und materiellrechtlichen Struktur sehr ähnlich¹⁾. Sowohl § 140 als auch die §§ 117, 127 HGB setzen nach ihrem Wortlaut ein gerichtliches Verfahren auf Antrag der übrigen Gesellschafter voraus. Die Ausschlußklage wie auch die Entziehungsklagen erstreben eine Veränderung der Grundlagen²⁾ der Gesellschaft, um eine Störung der gesellschaftlichen Zweckverfolgung zu beseitigen.

Es ist daher zu erwarten, daß die zur Ausschlußklage gefundenen Lösungen auf die Entziehungsklagen übertragbar sein werden.

§ 3 Die Beschränkung der Untersuchung auf die Personenhandelsgesellschaften

I. Keine gesonderte Untersuchung der Rechtslage bei der BGB-Gesellschaft

Die Untersuchung beschränkt sich auf die Personenhandelsgesellschaften.

1) Vgl. Ulmer, Festschrift Geßler S. 269 (271 und 279).

2) Vgl. dazu: R. Fischer in Großkomm. HGB § 117 Anm. 19, § 127 Anm. 10, Ulmer daselbst § 140 Anm. 34; A. Hueck, Festschrift Hübner S. 72 (87, 88); Kollhosser, Festschrift Westermann S. 277 (284, 285). Vgl. dazu auch die Motive zu Art. 103 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten S. 68.

Nicht besonders behandelt werden soll insbesondere auch die BGB-Gesellschaft. Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht (§§ 712, 715 BGB) sowie der Ausschluß eines Gesellschafters (§ 737 BGB) erfolgen bei dieser Gesellschaftsform nicht durch Klage, sondern durch Beschluß der Gesellschafter. Sofern vertraglich keine andere Regelung getroffen ist,¹⁾ müssen diese Beschlüsse einstimmig gefaßt werden, so daß sich auch hier das Problem einer eventuellen Mitwirkungspflicht des einzelnen Gesellschafters ergibt. Es stellt sich aber - anders als bei den Personenhandelsgesellschaften - nicht im Gewand eines Klageerfordernisses, sondern als Frage nach einer positiven Stimmpflicht bei dem entsprechenden Gesellschafterbeschluß.

Damit entfällt die prozessuale Komponente der Problematik völlig. Die Frage nach einer Stimmpflicht wird aufgrund der Gemeinsamkeiten der Gesellschaften des BGB und HGB einerseits anhand der gleichen Ausgangsüberlegungen beantwortet werden müssen, unterschiedliche Bewertungen im einzelnen sind aber aufgrund der Verschiedenheit der Gesellschaftsformen andererseits nicht gänzlich auszuschließen. Es erscheint daher sinnvoll, die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht in die Untersuchung miteinzubeziehen.

II. Keine Untersuchung der Rechtslage bei der stillen Gesellschaft

Bei der stillen Gesellschaft besteht für den stillen Gesellschafter nach der gesetzlichen Regelung²⁾ keine Möglichkeit, dem Geschäftsinhaber die Geschäftsführungsbefugnis zu entziehen.

1) Zur Zulässigkeit eines Mehrheitsbeschlußverfahrens vgl. BGHZ 8 S. 35.

2) Zu den vertragl. Regelungsmöglichkeiten vgl. Schilling in Grobkomm. HGB § 335 Anm. 61.

§ 335 HGB überträgt dem Geschäftsherrn nicht die Befugnis zur Führung des nunmehr gemeinschaftlichen Handelsgeschäfts, sondern ermöglicht nur, daß dieser sein Geschäft für Rechnung der Gesellschaft führt. § 712 BGB ist daher nicht, auch nicht im Wege einer Analogie, anwendbar.³⁾

Auch eine Entziehungsklage entsprechend § 117 HGB seitens des stillen Gesellschafters scheidet aus. Für ihn besteht lediglich die Möglichkeit einer Kündigung der Gesellschaft aus wichtigem Grund (§ 723 BGB)⁴⁾, wenn man einmal von möglichen Schadensersatzansprüchen oder einer Klage auf ordnungsgemäße Geschäftsführung absieht.

Umgekehrt besteht für den Geschäftsherrn die Möglichkeit, dem Stillen eine diesem ausnahmsweise vertraglich eingeräumte Geschäftsführungsbefugnis⁵⁾ entsprechend § 712 BGB zu entziehen.⁶⁾ Mitwirkungsprobleme treten dabei nur dann auf, wenn mehrere stille Gesellschafter vorhanden sind.⁷⁾ Nur in diesem Fall stellt sich wie bei der BGB-Gesellschaft die Frage nach ihrer Mitwirkungspflicht an dem grundsätzlich einstimmig zu fassenden Entziehungsbeschluß⁸⁾.

Probleme der Entziehung einer Vertretungsmacht sind bereits deshalb ausgeschlossen, weil eine Vertretung der stillen Gesellschaft durch ein Gesellschaftsorgan nicht stattfindet. Der Geschäftsinhaber ist Träger aller Rechte und Pflichten und tritt allein als Handelnder auf⁹⁾.

Ist Geschäftsinhaber der stillen Gesellschaft eine OHG oder KG, so sind deren interne Probleme einer ordnungsgemäßen Vertretung auch intern zu lösen, gegebenenfalls mit

3) Vgl. statt aller: Schilling a.a.O.

4) Serwe S. 121.

5) Vgl. dazu Schilling in Großkomm. HGB § 335 Anm. 60.

6) Schilling a.a.O. Anm. 62a.

7) Zu dieser Möglichkeit Schilling a.a.O. Anm. 72.

8) Zur BGB-Gesellschaft s.o. S. 3

9) Vgl. dazu Schilling in Großkomm. HGB § 335 Anm. 74.

Hilfe von § 127 HGB. Der stille Gesellschafter ist daran unmittelbar nicht beteiligt.

Auch der Ausschluß von Mitgliedern kommt bei der typischen stillen Gesellschaft, in der sich nur zwei Gesellschafter gegenüberstehen,¹⁰⁾ nicht vor. § 737 BGB ist¹¹⁾ insoweit unanwendbar, und es gibt auch keine gesetzliche Übernahmebefugnis in Form des § 142 HGB.

Mitwirkungsprobleme beim Ausschluß von Gesellschaftern sowie bei der Entziehung der Vertretungsmacht sind überhaupt nur bei mehrgliedrigen Gesellschaften denkbar, hier also nur dann, wenn einer von mehreren¹²⁾ stillen Gesellschaftern ausgeschlossen werden soll. Fehlt eine vertragliche Regelung, so ist in diesem Fall § 737 BGB anzuwenden. Wie bei der BGB-Gesellschaft stellt sich dann die Frage nach einer positiven Stimpfpflicht der nicht ausschließungswilligen stillen Gesellschafter.

Ein solcher Ausschluß kompliziert sich weiter, wenn Geschäftsherr eine OHG ist und deren einheitliche Willensbetätigung zunächst intern erzwungen werden muß.

Der Ausschluß eines stillen Gesellschafters wird allerdings in der Praxis nicht besonders häufig sein, da ein typischer Stiller nur selten einen Ausschlußgrund in seiner Person herbeizuführen Gelegenheit hat.

Da Mitwirkungsprobleme hinsichtlich des Ausschlusses von Gesellschaftern und der Entziehung von Verwaltungsbefugnissen somit nur selten praktisch werden und die dann auftretenden Fragestellungen nach einer Mitwirkungspflicht im Kern auch bei den Personenhandelsgesellschaften auftreten¹³⁾, soll auf die stille Gesellschaft im folgenden nicht gesondert eingegangen werden.

10) Vgl. dazu Schilling a.a.O. Anm. 69.

11) Vgl. Palandt-Heinrichs § 736 Anm. 1.

12) Zur Möglichkeit der Aufnahme mehrerer Stiller vgl. oben S. 4 Fn. 7.

13) Vgl. dazu auch Serwe S. 121.

III. Keine Berücksichtigung der Rechtslage bei den Kapitalgesellschaften

Auch die Rechtslage bei den Kapitalgesellschaften soll unerörtert bleiben.

Sie ist mit derjenigen bei den Personengesellschaften nicht vergleichbar, weil die gesellschaftliche Bindung überwiegend kapitalbedingt ist, während das personenrechtliche Element mehr oder weniger fehlt¹⁴⁾. Bei personellen Veränderungen in der Verwaltung und Vertretung der Kapitalgesellschaften oder auch der Änderung ihrer personellen Zusammensetzung müssen daher andere Fragestellungen und Wertungen zu anderen Ergebnissen führen.

So kennt das Aktiengesetz zwar eine Einziehung des Geschäftsanteils (§§ 64, 226 AktG), sieht aber keine Regelung für den Ausschluß eines Aktionärs aus wichtigem Grund vor. Dafür besteht aufgrund der lediglich kapitalabhängigen Bindung des Aktionärs an die AG auch keinerlei Bedürfnis¹⁵⁾.

Bei der GmbH ist zwar die Möglichkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters aus wichtigem Grund im Ergebnis anerkannt¹⁶⁾, Mitwirkungsprobleme treten bei diesem Ausschlußverfahren¹⁷⁾ jedoch nicht auf.

Geht man mit dem Bundesgerichtshof von der Notwendigkeit eines klageweisen Ausschlusses des Gesellschafters entsprechend § 140 HGB aus¹⁸⁾, so ist diese Klage von der GmbH¹⁹⁾, nicht von den einzelnen Gesellschaftern zu erheben. Die Entscheidung darüber erfolgt nach umstrittener Auffassung

14) Vgl. BGHZ 9 S. 157 (163) zu Aktiengesellschaft und GmbH.

15) BGHZ a.a.O.

16) Zu den unterschiedlichen Begründungen vgl. BGHZ 9 S. 157 (159ff); vgl. umfassend zu Problemen des Ausschlusses bei der GmbH Dreiss/Eitel-Dreiss, Unfreiwilliges Ausscheiden aus Gesellschaften.

17) Vgl. zu dem Streit über die vorgeschlagenen Verfahrenswegen bei der Durchführung des Ausschlusses BGHZ a.a.O. S. 164ff.

18) BGHZ a.a.O. S. 166.

19) BGHZ a.a.O. S. 177.

durch m e h r h e i t l i c h e n Beschluß der Gesellschafter. Erforderlich ist dabei die Dreiviertelmehrheit des § 60 Abs. 1 Ziff. 2 GmbHG²⁰⁾, sofern die Satzung keine andere Mehrheit bestimmt. Konflikte der Gesellschafter untereinander hinsichtlich der Sachdienlichkeit der Ausschlußklage werden also bereits durch das Mehrheitsprinzip gelöst.

Die Änderung von Geschäftsführung und Vertretung wirkt bei den Kapitalgesellschaften ebenfalls keine Mitwirkungsprobleme auf.

Der Geschäftsführer einer GmbH, der diese auch im Rechtsverkehr vertritt (§ 35 GmbHG), kann auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes durch die Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit abberufen werden (§§ 46 Ziff. 5, 38 GmbHG), sofern die Satzung nichts anderes regelt. Dies gilt auch dann, wenn der Geschäftsführer in der Satzung bestimmt ist²¹⁾.

Die Mitglieder des Vorstandes einer AG werden durch Beschluß des Aufsichtsrats abberufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§§ 84 Abs. 3, 108 AktG). Zur Beschlußfassung reicht die einfache Mehrheit der Mitglieder des Aufsichtsrates²²⁾.

Auf eine Einbeziehung der Kapitalgesellschaften in diese Untersuchung kann somit ebenfalls verzichtet werden.

IV. Keine besonderen Mitwirkungsprobleme bei der Genossenschaft

Auch die Rechtslage bei der Genossenschaft kann außer Betracht bleiben.

Der Ausschluß eines Genossen ist gemäß § 68 GenG auch

20) So BGHZ a.a.O S. 177; einfache Mehrheit läßt hingegen Baumbach-Hueck, GmbHG, Einf. zu § 34 Anm. 2B genügen; ausführlich dazu A. Hueck, DB 1953 S. 776 (777).

21) Baumbach-Hueck, GmbHG, § 38 Anm. 2 B; RGZ 44 S. 96.

22) Vgl. dazu Baumbach-Hueck, AktG, § 108 Anm. II, 3.

aus wichtigen Gründen möglich, wenn das Statut dies vorsieht (§ 68 Abs. 2 GenG). Er erfolgt, wenn nichts anderes vereinbart ist, durch Mehrheitsbeschluß des Vorstandes²³⁾. Beim Ausschluß des Genossen treten Mitwirkungsprobleme somit nicht auf; das Mehrheitsprinzip löst bestehende Interessenkonflikte auch hier. Das gilt ebenso für die Änderung von Geschäftsführung und Vertretung der Genossenschaft. Diese Befugnisse werden durch den Vorstand wahrgenommen (§§ 24ff GenG). Die fristlose Entlassung von Mitgliedern des Vorstandes erfolgt durch Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung (§ 40 GenG).

23) Lang-Weidmüller § 68 Anm. 2 und 3.

2. Teil

Die Notwendigkeit einer Beteiligung aller Gesellschafter an den Klagen aus §§ 140, 117 und 127 HGB

§ 1 Der Grundsatz einer Verfahrensbeteiligung aller Gesellschafter an der Ausschlußklage

I. Die h.M. verlangt die Mitwirkung aller Gesellschafter

Nach der nahezu einhelligen Auffassung in Literatur und Rechtsprechung ist grundsätzlich eine Beteiligung aller Gesellschafter an dem Verfahren auf Ausschluß eines Gesellschafters nach § 140 HGB erforderlich¹⁾.

Gegenteiliger Auffassung ist lediglich Boehm²⁾, dessen Ausführungen jedoch als überholt gelten dürfen. Wenn im folgenden daher die unterschiedlichen und zum Teil umstrittenen Begründungen für die Notwendigkeit einer Mitwirkung aller Gesellschafter an der Ausschlußklage zusammengestellt, ergänzt und näher untersucht werden sollen, so geschieht dies nicht in erster Linie, um die Ausführungen Boehms erneut zu widerlegen³⁾. Anlaß dafür ist vielmehr, daß sich die vielfach vorgeschlagenen Ausnahmen von dem

1) Vgl. aus der zahlreichen Rspr. und Lit.: RGZ 122 S. 312 (315) = RG JW 1929 S. 629 mit Anm. Saenger; RGZ 146 S. 169 (173) = RG JW 1935 S. 1559; OLG Düsseldorf NJW 1946/47 S. 65 (66); BGH BB 1957 S. 1086 (1087) = BGH WM 1957 S. 1406 (1407) BGH LM Nr. 6 zu § 140 HGB; BGHZ 30 S. 195 (197) = BGH NJW 1959 S. 1681; BGH NJW 1975 S. 1410 (1411); Schlegelberger-Geßler § 140 Anm. 10; Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 31; Weipert in RGRK - HGB § 140 Anm. 14; H. Westermann, Handbuch I Rdn. 414; Staub-Pinner § 140 Anm. 1a; Stein-Jonas-Pohle § 62 Anm. III 1a; Wieland § 64,6,3 Fn 9; A. Hueck, OHG, § 291 2c S. 243; Ulmer, Festschrift Geßler S. 269 (270); Schramm MDR 1963 S. 174.

2) DJZ 1928 Sp. 936.

3) Gegen Boehm schon Karger in DJZ 1928 Sp. 1074; Serwe S. 11.

Grundsatz der Mitwirkung aller Gesellschafter an der Anschlußklage an diesen Begründungen werden messen lassen müssen.⁴⁾

Außerdem darf erwartet werden, daß die Überlegungen, die zur Annahme eines Mitwirkungserfordernisses aller Gesellschafter geführt haben, Aufschluß darüber geben, ob ein mitwirkungswilliger Gesellschafter zur Beteiligung an einer solchen Klage gezwungen werden kann⁵⁾.

II. Der Wortlaut der Vorschrift

Wenn in § 140 HGB eine Ausschlußklage "der übrigen" Gesellschafter verlangt wird, so legt schon der Wortlaut der Vorschrift nahe, daß damit a l l e übrigen, nicht selbst verklagten Gesellschafter gemeint sind. Davon scheint auch Boehm auszugehen, wenn er meint, daß man die Vorschrift aus Gründen der Zweckmäßigkeit gerade nicht wörtlich nehmen dürfe⁶⁾.

III. Die historische Entwicklung des § 140 HGB

Diese Auslegung wird von der historischen Entwicklung der Vorschrift aus dem Art. 123 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten, dem Art. 128 ADHGB sowie dem § 138 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuches bestätigt.

Die Motive zu Art. 123 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten sprechen von einem "übereinstimmenden" Antrag der übrigen Gesellschafter⁷⁾.

Der Text des Art. 123 des Entwurfs selbst sowie der Text des darauf aufbauenden Art. 128 ADHGB enthielt dann

4) Vgl. dazu unten S. 35 ff.

5) Vgl. dazu unten S. 106 ff.

6) Boehm DJZ 1928 Sp. 936.

7) Motive S. 68.

auch die Formulierung, daß auf Ausschluß erkannt werden könne, sofern dies von den "sämtlichen übrigen" Gesellschaftern beantragt werde. In der Kommentierung des Art. 128 ADHGB verlangte man daher zur Erhebung der Ausschlußklage ganz selbstverständlich den übereinstimmenden Antrag aller übrigen Gesellschafter⁸⁾.

Wenn § 138 des Entwurfes eines Handelsgesetzbuches dann erstmals die vereinfachende Formulierung des heutigen § 140 HGB benutzt, wonach "die übrigen Gesellschafter" die Ausschlußklage beantragen müssen, so sollte damit von dem gemeinsamen Antragserfordernis des Art. 128 ADHGB nicht abgewichen werden. Auch insoweit wurden vielmehr die Grundsätze des Art. 128 ADHGB übernommen⁹⁾.

IV. Sinn und Zweck der Regelung

1. Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern

Ein weiterer Grund für das Postulat einer Beteiligung aller Gesellschafter an der Ausschlußklage ergibt sich aus dem Zweck dieser Vorschrift, die Gesellschaft trotz bestehenden Auflösungsgrundes zu erhalten¹⁰⁾.

Grundsätzlich sollte eine partielle Auflösung der Gesellschaft, als die man sich den Ausschluß eines Gesellschafters vorstellen kann, nicht möglich sein¹¹⁾. Sofern aber der Auflösungsgrund nur in einer Person bestand, sollte eine Ausnahme gemacht werden. Den fortsetzungswilligen

8) Vgl. etwa: Anschütz Art. 128 Anm. II; Makower Art. 128 Anm. 13.

9) Vgl. dazu Mugdan, Materialien S. 273.

10) Vgl. dazu Staub-Pinner, Einleitung zu § 140.

11) Motive zu Art. 124 S. 68 und zu Art. 118 S. 64.

Gesellschaftern wollte man unter solchen Umständen nicht zumuten, die Geschäfte der Gesellschaft zu unterbrechen und die wirtschaftlichen Nachteile einer Liquidation zu tragen, um sofort danach einen neuen Gesellschaftsvertrag ohne den "Ausgeschlossenen" abzuschließen. Diese Fortsetzungsbereitschaft der übrigen Gesellschafter aber ist auch Voraussetzung für die ausnahmsweise Zulassung der Ausschlußklage. Sie wurde daher später vereinzelt als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Begründetheit einer Ausschlußklage aufgefaßt¹²⁾. Das erscheint jedoch unnötig, denn die Bereitschaft der übrigen Gesellschafter, die Gesellschaft miteinander und ohne den Auszuschließenden fortzusetzen, wird bereits dadurch dokumentiert, daß sie dem Erfordernis ihrer gemeinsamen Klageerhebung Genüge tun¹³⁾. Nur weil der gemeinsame Klageantrag der übrigen Gesellschafter deren Übereinstimmung erzwingt, verzichtet § 140 HGB abweichend von § 737 BGB darauf, daß die Fortsetzung der Gesellschaft für den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters vertraglich vorgesehen oder vereinbart werden muß¹⁴⁾.

2. Schutz des Auszuschließenden

Weitere nicht unwesentliche Aufgabe des gemeinsamen Klageerfordernisses aller Gesellschafter ist es, den Auszuschließenden vor einer mißbräuchlichen Benutzung der Ausschlußmöglichkeiten zu schützen¹⁵⁾.

Die Auflösungsklage kann von jedem Gesellschafter erho-

12) Vgl. dazu Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 22; so für den insoweit vergleichbaren Fall des § 142 HGB anscheinend auch RGZ 153 S. 274 (280).

13) Vgl. RGZ 146 S. 169 (173) = JW 1935 S. 1559 (1560). Schlegelberger-Geßler § 140 Anm. 10.

14) Mugdan, Materialien S. 272; vgl. auch Weipert in RGRK-HGB § 140 Anm. 14.

15) Vgl. RGZ 146 S. 172, jetzt auch BGHZ 68 S. 81 = NJW 1977 S. 1013 und die weiteren Quellenhinweise S. 1 Fn. 3.

ben werden (§ 133 HGB). Dort ist hinreichender Schutz gegen Rechtsmißbrauch der Einzelklagebefugnis bereits deshalb gegeben, weil die Folgen einer erfolgreichen Klage jeden, auch den klagenden Gesellschafter, selbst treffen. Bei der Ausschlußklage ist hingegen nur der Beklagte betroffen. Sein Abfindungsanspruch (§§ 105 Abs. 2 HGB, 738 BGB) wird grundsätzlich erst mit Erstellung der Abschichtungsbilanz fällig¹⁶⁾. Hinzu kommt, daß dieser Abfindungsanspruch häufig auf den Buchwert oder auf Buchwert und Rücklagen beschränkt wird¹⁷⁾, so daß dann jedenfalls der Wert des "good will"¹⁸⁾ des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens für den Ausgeschlossenen verloren ist. Daß gerade bei solchen vertraglichen Regelungen die Gefahr eines Mißbrauchs der Ausschlußmöglichkeit besteht, liegt auf der Hand¹⁹⁾. Hat der Ausgeschlossene dann endlich seine Abfindung, so steht er vor der Schwierigkeit, eine gleichwertige Anlagemöglichkeit für sein Kapital zu finden²⁰⁾.

Die beschriebene Mißbrauchsgefahr wird durch das Erfordernis einer übereinstimmenden Willensbildung in Form des gemeinsamen Ausschlußantrags aller anderen Gesellschafter nicht unerheblich gemindert; daß alle übrigen Gesellschafter sich in freier Entscheidung auf einen Rechtsmißbrauch einigen, ist weitaus unwahrscheinlicher als der Rechtsmißbrauch eines einzelnen.

16) Hartmann A II, 4c S. 29.

17) Vgl. A Hueck, OHG § 29 I 2c S. 440 und auch § 29 II, 5 S. 452ff (459); kritisch dazu jetzt auch BGHZ 68 S. 81; vgl. auch BGH NJW 1973 S. 651 mit Anm. U.H. Schneider S. 750; Heyn, Festschrift Schiedermaier S. 271ff; Möhring, Festschrift Barz S. 49 ff; H.P. Westermann, AcP 1975 S. 375 (420ff).

18) Zur Berücksichtigung des "good will" bei der Wertberechnung vgl. BGH WM 1955 S. 1702.

19) Dazu und allgemein zu den Möglichkeiten, solche Mißbräuche zu verhindern, Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 22; zu vertraglichen Abfindungsklauseln siehe noch Sudhoff, DB 1965 S. 655 und umfassend Heckelmann, Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen.

20) Lukes, JR 1960 S. 41 (44).

V. Gestaltungs- und Rechtskraftwirkung des Urteils

Auch verfahrensrechtliche Erfordernisse begründen die Notwendigkeit einer Teilnahme aller Gesellschafter an der Ausschlußklage.

1. Das Ausschlußurteil ist Gestaltungsurteil

Das auf eine Klage nach § 140 HGB hin erwirkte stattgebende Urteil ist Gestaltungsurteil²¹⁾.

Früher wurde noch vereinzelt vertreten, daß die Ausschlußklage auf "Abgabe einer Willenserklärung mit bestimmtem Inhalte" gerichtet sei²²⁾. Dieser Versuch Breits, die Ausschlußklage materiell-rechtlich zu erklären, mußte jedoch scheitern. Ziel der Ausschlußklage ist nicht der Ersatz einer irgendwie gearteten Willenserklärung. Eine solche Erklärung des Auszuschließenden wird durch § 140 HGB vielmehr gerade entbehrlich gemacht²³⁾. So verwundert es auch nicht, daß Breit nicht näher angibt, wie diese Willenserklärung denn aussehen könnte.

Folge der Klage nach § 140 HGB ist nach richtiger Ansicht die Umgestaltung der Rechtslage: der ausgeschlossene Gesellschafter scheidet durch Richterspruch aus der Gesellschaft aus, die unter den übrigen fortgesetzt wird²⁴⁾.

21) Absolut h.M., vgl. für alle: Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 39; Schlegelberger-Geßler § 140 Anm. 13; A. Hueck, OHG § 29 I, 2c S. 444.

22) Breit, JR 1926 Sp. 761, Fortsetzung Sp. 857 (772, 776, 862).

23) Vgl. dazu allgemein Bötticher, Festschrift Dölle S. 41 (54).

24) Vgl. für alle: A. Hueck, Festschrift Heyemanns' Verlag S. 286 (301) und Bötticher a.a.O. S. 45.

2. Keine Klageerhebung aller Gesellschafter zwecks Einbeziehung in die Gestaltungswirkung des Urteils

"Wegen" dieser Gestaltungswirkung, so wird nun behauptet, müsse die Rechtskraft des Urteils gegen alle Gesellschafter sichergestellt sein, und eben diese Sicherstellung erfolge durch die Teilnahme aller Gesellschafter an der Ausschußklage²⁵⁾.

Dieser Auffassung tritt U l m e r entgegen. Er meint, das Erfordernis der Teilnahme aller Gesellschafter an der Ausschußklage folge keineswegs daraus, daß die Gestaltungswirkung des Ausschußurteils von seiner Rechtskrafteerstreckung auf alle Gesellschafter abhinge²⁶⁾.

a. Das Nebeneinander von Gestaltungs- und Rechtskraftwirkung

Um festzustellen, wo der prozessuale Grund für das Erfordernis einer notwendigen Teilnahme aller Gesellschafter liegt, ist es erforderlich, das Verhältnis von Gestaltungs- und Rechtskraftwirkung näher zu beleuchten. Dabei ist zunächst streng zwischen beiden Wirkungen zu unterscheiden²⁷⁾.

Auch dem Gestaltungsurteil kommt neben seiner Gestaltungswirkung materielle Rechtskraft zu²⁸⁾. Von der Gegen-

25) Fischer, NJW 1959 S. 1057 (1059); ders. Anm. zu BGH LM Nr. 3 zu § 133 HGB; ders. in Großkomm. HGB § 117 Anm. 18, vgl. aber auch Anm. 29, wo ein solcher Zusammenhang nicht hergestellt wird; Serwe S. 14, für die insoweit vergleichbaren Entziehungsklagen (§§ 117, 127 HGB); Schramm MDR 1963 S. 174 (175); BGH WM 1957 S. 1406 (1407) = BB 1957 S. 1086 (1087).

26) Ulmer, Festschrift Geßler S. 269 (272, 277).

27) So zuerst wohl Hellwig § 159 II, 4 S. 176.

28) H.M. vgl. Dölle ZP 62, S. 281 (284); Grunsky S. 515; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 322 Anm. V, 7; Henckel S. 208ff; Rosenberg-Schwab § 95 III, 2 S. 498; entgegen seiner früheren Ansicht jetzt auch Böttcher, Festschrift Dölle a.a.O. S. 59; A Hueck, Festschrift Heymanns Verlag S. 286 (301); a.A. besonders Lent, ZP 61 S. 279 (281) und früher auch Böttcher, Kritische Beiträge S. 24ff.

ansicht wird dagegen vor allem vorgebracht, daß es angesichts der für und gegen alle wirkenden Gestaltung²⁹⁾ einer daneben herlaufenden sachlichen Rechtskraft i.S. einer das Prozeßergebnis inter partes feststellenden Wirkung nicht bedürfe³⁰⁾. Ein solches Bedürfnis wird jedoch zu Unrecht verneint. Auch wenn das Gesetz die gewollte Rechtsfolge bereits an die Gestaltung selbst anknüpft, bleibt daneben Raum für die Feststellung, daß die Gestaltung zu Recht erfolgt ist. Nur die Regeln der sachlichen Rechtskraft können die Frage beantworten, ob und wer mit der Behauptung gehört wird, die Gestaltung sei zu Unrecht erfolgt³¹⁾.

Besonders augenfällig ist das bei den klageabweisenden Urteilen, wo eine Gestaltung nicht eintritt, so daß allein die Rechtskraft ein erneutes Streiten verhindert³²⁾.

Auch die Oberlegung, daß das materielle Recht auf Gestaltung³³⁾ mit seiner Verwirklichung durch das Urteil bereits wieder untergeht, steht der Annahme einer Rechtskraftwirkung nicht entgegen³⁴⁾. Die Feststellung, daß die Rechtsänderung verlangt werden darf, wird für die letzte mündliche Verhandlung getroffen. Sie ist somit auch dann noch sinnvoll, wenn das festgestellte Gestaltungsrecht mit Rechtskraft des Urteils verwirklicht wird und erlischt. Die gleiche Erscheinung kann man, wenn auch sehr viel sel-

29) Vgl. dazu A. Hueck, Festschrift Heymanns Verlag a.a.O.

30) Lent a.a.O. S. 310; vgl. auch oben Fn. 28.

31) Dölle a.a.O. S. 289; vgl. für die Entziehungsklagen H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit S. 224.

32) Dölle a.a.O. S. 286.

33) Der genaue Inhalt des Gestaltungsklagerechts kann im Rahmen der vorliegenden Fragestellung dahinstehen; vgl. dazu aus der zahlreichen Literatur: Bötticher, Festschrift Dölle S. 41 (54ff) mit weiteren Nachweisen und dagegen Henckel S. 35.

34) Dölle a.a.O. S. 286; a.A. Serwe S. 15 für die Klagen aus §§ 117, 127 HGB unter Berufung auf Rosenberg § 87 I, 3.

tener, bei Leistungsklagen beobachten, wenn der Anspruch zwischen letzter mündlicher Verhandlung und Eintritt der Rechtskraft erfüllt wird. Ein weiteres Beispiel ist die Klage auf Abgabe einer Willenserklärung (§ 894 ZPO).

Aus dem unterschiedlichen Grad der Häufigkeit dieses Vorgangs aber wird man schwerlich eine grundsätzliche Unterscheidung herleiten können.

Eine Rechtskraftwirkung von Gestaltungsurteilen erkennt der Gesetzgeber im übrigen selbst an, wenn er in § 1496 Satz 2 BGB und § 248 Satz 1 AktG eine Erstreckung der Rechtskraft beziehungsweise der Urteilstwirkungen anordnet³⁵⁾. Es kann sich dabei nur um die Anordnung einer Erstreckung der materiellen Rechtskraft handeln. Eine Erstreckung der formellen Rechtskraft scheidet bereits begrifflich aus, und die Gestaltungswirkung trifft auch ohne besondere Anordnung jeden Dritten.

b. Die Ansicht B l o m e y e r s

Gerade diese inter omnes Wirkung des Gestaltungsurteils ist jedoch nicht unbestritten.

Insbesondere B l o m e y e r stellt zwischen Rechtskraft und Gestaltungswirkung eine Beziehung in der Weise her, daß an der Gestaltungswirkung des Urteils nur diejenigen Personen teilhaben, die auch von dessen materieller Rechtskraft erfaßt werden³⁶⁾. Die Anerkennung einer solchen relativen Gestaltungswirkung würde bei der Ausschlussklage dazu führen, daß der Gesellschafterausschluß gegenüber einem an der Klage versehentlich nicht beteiligten Gesellschafter unwirksam, gegenüber den übrigen Gesellschaftern hingegen wirksam wäre³⁷⁾. Damit wäre dann allerdings auch die von F i s c h e r und anderen angedeutete These be-

35) Dazu Henckel S. 207.

36) Blomeyer § 94 II, 1b S. 499.

37) Schlosser S. 190; Jauernig, FamRZ 1961 S. 98 (101).

stätigt, wonach die Notwendigkeit einer einheitlichen Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses gegenüber allen Gesellschaftern deren vollständige Teilnahme an der Klage erforderlich macht³⁸⁾.

Der Auffassung B l o m e y e r s kann jedoch jedenfalls für die Gestaltungsklagen des Personenhandelsgesellschaftsrechts nicht gefolgt werden³⁹⁾. Für den Fall der Auflösungsklage nach § 133 HGB macht B l o m e y e r selbst angesichts des sonst unvertretbaren Ergebnisses⁴⁰⁾ einer unterschiedlichen Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses gegenüber klagenden und versehentlich übergangenen Gesellschaftern eine ausdrückliche Ausnahme. Hier will er statt der relativen Gestaltung grundsätzlich eine absolute Wirkungslosigkeit des Gestaltungsausspruchs annehmen, wenn ein Gesellschafter an der Klage nicht teilgenommen hat⁴¹⁾. Der unbeteiligte Gesellschafter soll die Gestaltung des Auflösungsurteils nur dann hinnehmen müssen, wenn eine Auflösung der Gesellschaft durch Vertrag der übrigen Gesellschafter auch ihm gegenüber wirksam wäre⁴²⁾. Es darf angenommen werden, daß B l o m e y e r diese Modifizierung seiner These von der relativen Gestaltungswirkung auch auf die Ausschluß- und Entziehungsklagen angewandt wissen will. Andernfalls träte das befremdliche Ergebnis einer uneinheitlichen Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses gegenüber klagenden und übergangenen Gesellschaftern hier genauso ein.

Auch in dieser Modifizierung bei den Gestaltungsklagen der §§ 177, 127, 140 HGB kann der Auffassung B l o -

38) Fischer NJW, 1959 S. 1057 (1059); vgl. auch oben S. 15 Fn. 25.

39) Gegen Blomeyer insgesamt: Schlosser S. 167ff, S. 190, S. 219ff; Henckel S. 208.

40) S.o. S. 17 und Schlosser S. 190 und S. 220.

41) Blomeyer a.a.O. S. 501, vgl. auch Rosenberg § 87 I 3 und jetzt Rosenberg-Schwab § 95 III, 1.

42) Blomeyer a.a.O.

m e y e r s jedoch nicht gefolgt werden. Für eine so weitreichende Rechtsfolge wie die Nichtigkeit des Gestaltungsurteils fehlt zum einen jedwedes schutzwürdige Interesse. Der an der Klage nicht mitwirkende Gesellschafter ist an die rechtskräftige Feststellung des Urteils, daß der Ausschluß zu Recht erfolgte, nicht gebunden. Er wird von der Rechtskraft des Urteils nicht erfaßt. Er kann sich also gegen eine unberechtigte Gestaltung selbst schützen, indem er das Vorliegen der Voraussetzungen für die Gestaltung erneut zur Nachprüfung stellt. Es besteht daher kein Grund, ihn von vorneherein von der Gestaltungswirkung auszunehmen⁴³⁾. Der unbeteiligte Gesellschafter kann im Gegenteil durchaus interessiert sein, sich zu seinen Gunsten auf einen erfolgten Ausschluß berufen zu können⁴⁴⁾.

Auch die verfassungsrechtliche Überlegung, daß dem überangegangenen Gesellschafter in einer ihn betreffenden Angelegenheit das rechtliche Gehör entzogen wurde, vermag die Auffassung B l o m e y e r s nicht zu stützen. Das Interesse eines Verfahrensbeteiligten an der Gewährung rechtlichen Gehörs geht dem Allgemeininteresse am Bestand und der allseitigen Wirkung rechtsgestaltender Staatsakte grundsätzlich nach. Das ist in der freiwilligen Gerichtsbarkeit anerkannt⁴⁵⁾, nicht zuletzt, weil der Betroffene dort mit Rechtsmitteln gegen die ergangene Entscheidung vorgehen kann. Wenn in einem nach der Zivilprozeßordnung durchzuführenden Ausschlußverfahren ein Gesellschafter und somit Hauptverfahrensbeteiligter⁴⁶⁾ unerkannt fernbleibt, besteht demnach keine Veranlassung, die Nichtigkeit des ergangenen Ausschlußurteils anzunehmen, da der Ferngebliebene gegen

43) Vgl. Schlosser a.a.O. S. 211, S. 167/168.

44) Schlosser a.a.O. S. 191.

45) Statt aller: Keidel § 7 FGG Anm. 44 insgesamt zum rechtlichen Gehör Kollhosser, Verfahrensbeteiligte, § 4 S. 80ff, Schlosser S. 219.

46) Zur Unterscheidung in Haupt- und Nebenbeteiligte im Verfahren vgl. Kollhosser, Verfahrensbeteiligte § 10 II S. 349.

die eingetretene Gestaltung klageweise vorgehen kann⁴⁷⁾.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß der Ausschluß eines Gesellschafters bereits aufgrund der inter omnes Wirkung des in § 140 HGB vorgesehenen Gestaltungsurteils gegenüber allen übrigen Gesellschaftern wirkt und nicht erst durch eine Erstreckung der Rechtskraft dieses Urteils auf alle Gesellschafter eintritt. Die Teilnahme aller übrigen Gesellschafter ist somit nicht zu ihrer Einbeziehung in die Gestaltungswirkung der erfolgreichen Ausschlußklage erforderlich.

c. Die Rechtskraftwirkung des Urteils als Grund für eine Klage aller Gesellschafter

Der prozessuale Grund für dieses Erfordernis kann nur in der allgemeinen Überlegung bestehen, daß alle Gesellschafter in die Rechtskraftwirkung des Gestaltungsurteils mit einbezogen werden müssen⁴⁸⁾. Nach den Regeln der sachlichen Rechtskraft wird in dem Ausschlußurteil zwischen den Parteien des Rechtsstreits verbindlich festgestellt, daß die Gestaltung zu Recht erfolgt. Diese rechtskräftige Feststellung muß sich auf alle Gesellschafter erstrecken, so daß alle am Verfahren teilnehmen müssen. Nur so ist sichergestellt, daß es nicht durch aufeinanderfolgende Klagen mehrerer Gesellschafter zu einander widersprechenden Urteilen und damit zu völliger Rechtsunsicherheit kommt. Der am Verfahren nicht beteiligte Gesellschafter könnte sonst seine Mitgesellschafter später z.B. auf Schadensersatz verklagen. Zur Begründung könnte er anführen, daß der Ausschluß des damaligen Mitgesellschafters zu Unrecht erfolgt sei und die

47) Vgl. aber auch Jauernig, FamRZ 1961 S. 98 (101), der bei völligem "Übersehen" ebenfalls ausnahmsweise Nichtigkeit annehmen will.

48) Zum Ergebnis vgl. H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit S. 224.

infolge des Ausschlusses eingetretene Verminderung des Gesellschaftskapitals sowie der Verlust der Fachkenntnisse des Ausgeschlossenen zu erheblichen Gewinneinbußen der Gesellschaft geführt hätten.

Bereits dieses Beispiel zeigt, wie bedeutsam es für die Rechtsbeziehungen der Beteiligten ist, daß die Rechtmäßigkeit der eingetretenen Gestaltung allen Gesellschaftern gegenüber rechtskräftig festgestellt wird.

Grund für die Notwendigkeit einer Teilnahme aller Gesellschafter an der Ausschlußklage ist somit, daß die eingetretene Gestaltung allen Gesellschaftern gegenüber rechtskräftig, als zu Recht erfolgt festgestellt werden muß. Allein der Umstand, daß es sich bei dem ergehenden Urteil um ein Gestaltungsurteil handelt, ist hingegen für die Notwendigkeit einer Teilnahme aller Gesellschafter irrelevant⁴⁹⁾.

VI. Die Ausschlußbefugnis als Gemeinschaftsrecht

Wenn das Gesetz in einer materiell-rechtlichen Vorschrift die prozessuale Anordnung trifft, daß alle Gesellschafter gemeinsam den Ausschlußklageantrag stellen müssen, liegt es nahe, daß sich der Gesetzgeber nicht zuletzt aufgrund der materiellen Rechtslage zu dieser Regelung veranlaßt sah.

Als Grund für das Antragserfordernis aller Gesellschafter bei der Ausschlußklage wird denn auch die gemeinschaftsrechtliche Natur des Ausschließungsrechts genannt⁵⁰⁾.

49) Insoweit ist dem Ergebnis von Ulmer, Festschrift Geßler S. 269 (272, 277) zuzustimmen.

50) Diese Feststellung erfolgte soweit ersichtlich zuerst bei Breit, JR 1926 Sp. 761, Fortsetzung Sp. 857 (859); so auch RGZ 122 S. 312 (315); Lent, Ih.Jb 90 S. 27, 39. Serwe S. 7; Ulmer, Festschrift Geßler a.a.O. S. 277; ders. in Großkomm. HGB § 140 Anm. 5; ders. JZ 1975 S. 97; Nickel, JuS 1977 S. 14 (17); a.A. für § 737 BGB anscheinend Staudinger-Keßler § 705 Anm. 79.

Dieser Charakter des Ausschließungsrechts ergibt sich nicht schon daraus, daß die Personenhandelsgesellschaft eine Gesamthandsgemeinschaft ist⁵¹⁾ und es deshalb keine Teilrechte der einzelnen Gesamthänder auf Teilgestaltung geben kann. Zum einen ist die Ausschlußbefugnis nicht der Handelsgesellschaft, sondern der Gesamtheit der übrigen Gesellschafter gegen den Auszuschließenden übertragen⁵²⁾. Gemeinsamer Zweck dieser "Solidargemeinschaft" der vertragstreuen Gesellschafter ist die Durchführung der Ausschlußklage und damit die Ermöglichung der Fortsetzung der Handelsgesellschaft ohne den Auszuschließenden⁵³⁾. Nur die zu diesem begrenzten Zweck aufgrund der Anordnung des § 140 HGB entstehende Gemeinschaft⁵⁴⁾ der fortsetzungswilligen Gesellschafter der Handelsgesellschaft kommt somit als Träger der Ausschlußbefugnis in Betracht⁵⁵⁾. Weiterhin ergibt sich allgemein aus dem Wesen der Gesamthand noch keine Begründung dafür, daß es sich bei der Ausschließungsbefugnis um ein Gemeinschaftsrecht aller fortsetzungswilligen Gesellschafter handelt⁵⁶⁾. Die Gesamthand stellt ein Prinzip der V e r m ö g e n s zuordnung dar, während die Ausschlußbefugnis ein aus der M i t g l i e d s c h a f t in die Gesellschaft fließendes Recht ist.

Die Struktur der Ausschlußbefugnis erschließt sich erst, wenn man die Folgen ihrer Ausübung auf das Rechtsverhältnis betrachtet, in dem dieses Gestaltungsinteresse begründet ist. Das Gesellschaftsverhältnis wird durch den Aus-

51) So aber Serwe S. 9/10 für die §§ 117, 127; Schramm S. 46; ders., MDR 1963 S. 174 (175).

52) Vgl. Lent a.a.O. S. 39.

53) Vgl. Breit a.a.O.

54) Zur Abgrenzung Gesellschaft/Gemeinschaft vgl. im einzelnen Palandt-Thomas § 705 Anm. 2ff m.w.Nachw.

55) So im Erg. auch Lent a.a.O. und Ulmer, Festschrift Geßler a.a.O.; vgl. in diesem Zusammenhang auch Kollhosser, JZ 1973 S. 8 (9/10).

56) S.o. Fn. 51.

schluß eines Mitgesellschafters in seinen Grundlagen⁵⁷⁾ verändert. Diese Vertragsänderung betrifft alle Gesellschafter gleichermaßen und verändert ihre rechtlichen und persönlichen Beziehungen zueinander. So wächst ihnen das Vermögen des Ausgeschiedenen anteilig zu, sie haften für die neu entstehenden Gesellschaftsschulden ohne den Ausgeschiedenen und müssen ihn außerdem abfinden (§§ 105 Abs. 2 HGB, 738 BGB)⁵⁸⁾. Außerdem müssen die bisher von dem Ausgeschiedenen wahrgenommenen Aufgaben umverteilt werden.

Die erfolgreiche Ausschlußklage hat also verfügungsähnliche Wirkung gegenüber allen Gesellschaftern⁵⁹⁾ und nicht nur solche zulasten des gesamthänderisch gebundenen Vermögens. Sie darf daher auch nur von denjenigen erhoben werden, die bei einer vertraglichen Verfügung zusammenwirken müßten, also nur von a l l e n übrigen Gesellschaftern. Ein Blick auf die insoweit vergleichbare Regelung des § 737 BGB⁶⁰⁾ bestätigt diese gemeinschaftsrechtliche Natur der Ausschießungsbefugnis. Dort wird für die bürgerlichrechtliche Gesellschaft ausdrücklich ausgesprochen, daß das Ausschießungsrecht von den übrigen Gesellschaftern nur gemeinschaftlich ausgeübt werden kann⁶¹⁾. Übertragen auf die Ausübung eines solchen Rechts nach § 140 HGB im Wege eines Ausschlußverfahrens bedeutet dies die gemeinschaftliche Klageerhebung aller übrigen Gesellschafter.

57) Zum Begriff der Gesellschaftsgrundlagen vgl. Pabst S. 10ff.

58) Vgl. zu den Folgen des Gesellschafterausschlusses insgesamt A. Hueck, OHG § 29 II S. 446ff und Hartmann S. 24ff.

59) Vgl. dazu Henckel S. 97, 105; vgl. auch Hadding, JZ 1975 S. 157 (163).

60) Vgl. zu dieser Parallele Ulmer, Festschrift Geßler a.a.O. S. 277.

61) Gegen diesen eindeutigen gesetzlichen Wortlaut wird wohl auch bei Staudinger-Keßler § 705 Anm. 79 nicht Stellung bezogen, wenngleich die Ausführungen insoweit mißverständlich sind.

VII. Die Feststellung des wichtigen Grundes im Verhältnis zu allen übrigen Gesellschaftern

In Zusammenhang mit der gemeinschaftsrechtlichen Zuordnung der Ausschließungsbefugnis steht ein weiterer Umstand, der eine Teilnahme aller übrigen Gesellschafter an der Ausschlußklage erforderlich macht.

Der vom Gesetz für den Ausschluß geforderte wichtige Grund in der Person des Auszuschließenden muß im Verhältnis zu a l l e n übrigen Gesellschaftern festgestellt werden. Die Ausschließung ist für den Betroffenen eine besonders einschneidende Maßnahme. Die Frage, ob sein Verhalten Anlaß gerade zu diesem Vorgehen gibt oder ob nicht vielleicht eine Auflösungsklage die angemessenere Konfliktlösung darstellt, kann nicht ohne Berücksichtigung des Verhaltens jedes einzelnen der Kläger entschieden werden⁶²⁾. Dies wird besonders deutlich, wenn zwei Gruppierungen in der Gesellschaft vorhanden sind und Verfehlungen beider Seiten in Betracht kommen⁶³⁾. Die gemeinschaftsrechtliche Übertragung der Ausschlußbefugnis an die Solidargemeinschaft der übrigen Gesellschafter führt dann dazu, daß das Fehlverhalten eines der Kläger auch für die übrigen wirkt und so zur Abweisung der Klage aus § 140 HGB insgesamt führen kann⁶⁴⁾.

Für den Auszuschließenden muß daher die Möglichkeit bestehen, sich im Prozeß mit dem Hinweis auf Verfehlungen jedes einzelnen Klägers zu verteidigen⁶⁵⁾. Das aber ist

62) So schon RGZ 122 S. 312 (315) = JW 1929 S. 629 (630) und dazu die Anm. von Saenger, JW 1929 S. 629 (630); vgl. auch Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 11; H. Westermann, Handbuch I Rdn. 410.

63) A. Hueck, OHG § 29 2c S. 439.

64) Wie Fn 62; auch noch Hartmann S. 13; Weipert, RGRK-HGB, § 140 Anm. 9ff; a.A. Lindacher, BB 1974 S. 1610 (1612), der dem nur für Sonderfallgestaltungen, etwa Familiengesellschaften, folgen will.

65) Serwe S. 135 zu §§ 117, 127.

nur dann im erforderlichen Umfang gewährleistet, wenn alle übrigen Gesellschafter in das Ausschlußverfahren einbezogen sind. Der Richter hat bei der Prüfung des wichtigen Grundes den Sachvortrag der Parteien im Hinblick auf ein mögliches Fehlverhalten des Beklagten und der Kläger abzuwägen⁶⁶⁾. Das kann er nur dann, wenn das Fehlverhalten aller Gesellschafter und die gegenseitige Bedingtheit dieses Verhaltens umfassend zum Verhandlungsgegenstand gemacht wird. Ist einem Gesellschafter die Möglichkeit eröffnet, nicht am Ausschlußrechtsstreit teilzunehmen, so ist die Gefahr einer Verschleierung eigenen Fehlverhaltens durch diesen Gesellschafter jedenfalls wesentlich erhöht⁶⁷⁾.

Entgegen der Auffassung von Serwe⁶⁸⁾ würde der Richter im Ausschlußverfahren allerdings grundsätzlich auch das Fehlverhalten eines nicht als Partei teilnehmenden Gesellschafters berücksichtigen können, sofern solches Fehlverhalten im Prozeß vorgetragen ist.

VIII. Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)

Mit dem nun schon mehrfach angesprochenen Hinweis⁶⁹⁾ auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des übergangenen Gesellschafters hat man auch generell einen entscheidenden Gesichtspunkt für die Notwendigkeit einer Teilnahme aller Gesellschafter an der Ausschlußklage gefunden⁷⁰⁾.

66) BGH LM Nr. 1 zu § 117.

67) vgl. dazu Serwe S. 13.

68) Vgl. Serwe S. 13.

69) Siehe etwa oben S. 19.

70) Ulmer, Festschrift Geßler S. 369 (274, 277, 278); Lindacher, Festschrift Paulick S. 73 (79); ders., BB 1974 S. 1610 (1612)

Es wurde bereits herausgearbeitet, daß der Ausschluß eines Gesellschafters eine Änderung des Gesellschaftsvertrages zur Folge hat und damit eine Verfügung über den Gegenstand der Ausschlußklage⁷¹⁾, die Gesellschaft, darstellt⁷²⁾. Diese Gestaltungswirkung des Ausschlußurteils tritt gegenüber allen Gesellschaftern ein⁷³⁾. Durch die Veränderung der personellen Zusammensetzung der Gesellschaft wird somit jeder Gesellschafter in seiner materiellen Rechtstellung betroffen.

Deshalb hat jeder dieser Gesellschafter einen Anspruch auf rechtliches Gehör⁷⁴⁾ und damit auch auf Beteiligung am Ausschlußverfahren⁷⁵⁾.

Grund für den Anspruch auf rechtliches Gehör eines jeden potentiell von der Entscheidung in seiner materiellen Rechtsstellung betroffenen ist letztlich die "Unrechtsabwehrtendenz" des Rechts aus Art. 103 Abs. 1 GG⁷⁶⁾. Wenn der Staat aus ordnungspolitischen Gründen die Rechtsverfolgung auf staatliche Gerichte überträgt, um jede Selbsthilfe zu verhindern, dann muß er dem in seinen Rechten Betroffenen auch umfassenden Rechtsschutz gewähren⁷⁷⁾. Umfassend ist dieser Rechtsschutz aber nur, wenn dem Betroffenen neben der Möglichkeit des Zugangs zum Gericht auch das Recht zusteht, auf die Entscheidung einzuwirken, durch die seine Rechtsstellung umgestaltet wird. Diese Einwirkung auf die Entscheidung wird dem Gesellschafter bei der Ausschlußklage durch seine notwendige Beteiligung auf der Klägerseite garantiert.

71) Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 31.

72) S.o. S. 23

73) Vgl. dazu oben S. 17ff.

74) Vgl. BVerfG 21 S. 132 (137).

75) Schlosser S. 176; vgl. auch Kollhosser, Verfahrensbeeteiligte § 10 II, 4c S. 356 (358).

76) Baur, AcP 153, 393 (402 ff.); Kollhosser, Verfahrensbeeteiligte § 4, 6c S. 92; vgl. dort auch die Rückführung von Art. 103 GG auf andere allgemeine Aspekte.

77) Vgl. Baur a.a.O.

IX. Die Teilnahme aller übrigen Gesellschafter als notwendige Streitgenossen (§ 62 Abs. 1, 2. Fall ZPO)

1. Notwendige Streitgenossenschaft der übrigen Gesellschafter

a. Notwendige Streitgenossenschaft aus sonstigem Grund (§ 62 Abs. 1, 2. Fall ZPO)

Die Beteiligung der übrigen Gesellschafter erfolgt in ihrer Verbundenheit als notwendige Streitgenossen auf der Klägerseite gemäß § 62 Abs. 1 ZPO⁷⁸⁾.

Diese Vorschrift setzt alternativ voraus, daß das streitige Rechtsverhältnis allen Gesellschaftern gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann (1. Fall) oder aber daß die Streitgenossenschaft "aus sonstigen Gründen eine notwendige" ist (2. Fall). Aus "sonstigen Gründen" ist eine Streitgenossenschaft notwendig, wenn die Prozeßführung auf der Aktiv- oder Passivseite mehreren Personen nur gemeinschaftlich zusteht, so daß die Klage eines Streitgenossen allein nicht zulässig ist. Über das Vorliegen einer solchen notwendigen Streitgenossenschaft entscheidet das materielle Recht. Bei der Klage nach § 140 HGB steht die Ausschlußbefugnis der Gemeinschaft der fort-

78) Völlig h.M. vgl. aus der zahlreichen Rspr. und Lit.: RGZ 122 S. 312 (315); RGZ 146 S. 169 (173) BGH LM Nr. 6 zu § 140 = BB 1957 S. 1086 (1087) = WM 1957 S. 1406 (1407) am Rande; BGHZ 30 S. 195 (197) am Rande; BGH NJW 1958 S. 418. Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 31; Schlegelberger-Geßler § 140 Anm. 10; Weipert in RGRK-HGB § 140 Anm. 19; Wieland S. 575, A. Hueck, OHG § 10 VI S. 150; Ulmer, Festschrift Geßler a.a.O. S. 272; Henckel S. 97; H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit S. 223; Stein-Jonas-Pohle § 62 Anm. II, 1b, III; Rosenberg-Schwab § 50 III 2 S. 260, Schramm, MDR 1963 S. 174 (175); Blomeyer § 109 III. Vgl. aber auch den gänzlich anderen Vorschlag von Lindacher, Festschrift Paulick S. 73 und dazu unten S. 137 und 179.

setzungswilligen Gesellschafter als Gemeinschaftsrecht zu⁷⁹⁾. Diese Gesellschafter sind daher auch nur in ihrer Gesamtheit als notwendige Streitgenossen prozeßführungs- befugt (§ 62 Abs. 2, 2. Fall ZPO).

Da der Ausschluß außerdem als einheitliche, rechtskräftige Entscheidung gegenüber allen Gesellschaftern erfolgen muß, überschneiden sich die beiden Fälle des § 62 ZPO⁸⁰⁾. Wenn aber schon in der materiellen Vorschrift des § 140 HGB ein Zwang zur gemeinschaftlichen Klage aller übrigen Gesellschafter angeordnet ist, stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit einer einheitlichen Entscheidung nicht mehr⁸¹⁾. Die Konkurrenz zwischen den beiden Fällen des § 62 Abs. 1 ZPO entscheidet sich also zugunsten von § 62 Abs. 1, 2. Fall ZPO.

b. Keine Klage der Gesellschaft

Vereinzelt wird vertreten, daß die Ausschlußklage von der Gesellschaft erhoben werden kann⁸²⁾. Diese Auffassung wird jedoch nur von ihrem Ansatz her verständlich, der bei K o h l e r in der Behandlung der OHG als juristischer Person⁸³⁾ und bei N i t s c h k e in der These von einer vergleichbaren Rechtslage bei den körperschaftlich strukturierten Personenhandelsgesellschaften und dem eingetragenen Verein bzw. der GmbH liegt⁸⁴⁾. Unabhängig von dem Ausgangs-

79) S. o. S. 21f.

80) Vgl. zu dieser Möglichkeit Stein-Jonas-Pohle § 62 Anm. I.

81) Dazu Stein-Jonas-Pohle § 62 Anm. II c.

82) J. Kohler, ArchBürgR Bd. 40 S. 242; Nitschke, S. 314 für die körperschaftlich strukturierte OHG und KG.

83) J. Kohler, ZHR Bd. 74 S. 456ff.

84) Nitschke a.a.O. unter besonderem Hinweis auf die von der Rspr. entwickelte Ausschlußklage bei der GmbH (BGHZ 9 S. 157).

punkt dieser Auffassung⁸⁵⁾ kann bei der Ausschlußklage nach § 140 HGB eine Klagebefugnis der Gesellschaft nicht in Betracht kommen. Die Ausschlußbefugnis und damit die Prozeßführungsbefugnis für eine Klage nach § 140 HGB steht nicht "der Handelsgesellschaft", sondern der Solidargemeinschaft der übrigen Gesellschafter gegen den Auszuschließenden zu⁸⁶⁾. Schon aus diesem Grunde muß eine Klage "der Handelsgesellschaft" scheitern⁸⁷⁾. Andernfalls würde die nach § 125 HGB vertretene Gesellschaft sich unter Überschreitung ihres sachlichen Wirkungsbereichs die Disposition über ihre eigenen personellen Grundlagen anmaßen⁸⁸⁾.

Dies Ergebnis bestätigt gerade der Vergleich mit der von der Rechtsprechung entwickelten Ausschließung des Gesellschafters einer GmbH, den N i t s c h k e für seine Auffassung bei der körperschaftlich strukturierten Personenhandels-gesellschaft heranzieht⁸⁹⁾. Beim Ausschluß des Gesellschafters einer GmbH geht es vornehmlich um die Lösung der Rechtsbeziehung zwischen dem Betroffenen und der Körperschaft. Eine Klage der GmbH erscheint daher gerechtfertigt⁹⁰⁾. Bei der typischen Personenhandels-gesellschaft geht es hingegen um eine Lösung der Beziehungen der Gesellschafter untereinander; diese kann auch nur durch eine Klage der übrigen Gesellschafter gegen den Auszuschließenden erfolgen⁹¹⁾.

85) Vgl. zur h.M. gegen J. Kohler, A. Hueck, OHG § 3 S. 25 m.w. Nachw. in Fn. 1; gegen Nitschke zu Recht Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 31.

86) S. o. S. 21 f.

87) So im Ergebnis ausdrücklich A. Hueck, Festschrift Hübner S. 72 (87).

88) BGH NJW 1964 S. 1625 (1626) am Rande.

89) Vgl. dazu BGHZ 9 S. 157 in Zusammenhang mit dem Ausschluß aus einer GmbH.

90) So BGHZ 9 S. 157 (159).

91) Vgl. dazu BGHZ 9 a.a.O. S. 177; in anderem Zusammenhang auch BGH WM 1965 S. 709; BGH BB 1966 S. 1169; vgl. auch unten S. 191.

2. Abweisung der Klage nur eines Teils der übrigen Gesellschaftler als unzulässig

Wird die Ausschlußklage nicht von allen Streitgenossen erhoben, so ist sie abzuweisen. Die herrschende Auffassung vertritt dabei eine Abweisung als *u n z u l ä s s i g*⁹²⁾, vereinzelt plädiert man aber auch für eine Abweisung durch Sachurteil⁹³⁾. Wenn es an anderer Stelle heißt, daß die Klage wegen fehlender Aktivlegitimationen abgewiesen werden muß⁹⁴⁾, so ist dies nicht unbedingt als Abweisung durch Sachurteil gemeint, sondern wohl eher die Folge begrifflicher Ungenauigkeit. Nach den Ausführungen des BGH soll z.B. die Abweisung wegen fehlender Aktivlegitimation "ohne eine weitere Sachprüfung" erfolgen⁹⁵⁾, es soll also gerade kein Sachurteil ergehen⁹⁶⁾.

Mit der herrschenden Auffassung ist die Ausschlußklage bei unvollständiger Beteiligung der notwendigen Streitgenossen als unzulässig abzuweisen. Die vor der Sachbefugnis zu untersuchende⁹⁷⁾ Prozeßführungsbefugnis

92) A. Hueck, OHG § 10 VIII 4 S. 148; Schlegelberger-Geßler § 140 Anm. 10; Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 33; Henckel S. 198; Rosenberg-Schwab § 50 III, 2 S. 260; BGHZ 36 S. 187 (191).

93) Baumbach-Hartmann § 59 Anm. 1; für die Klage nach § 117 auch Fischer in Großkomm. HGB § 117 Anm. 16; für die Klage nach § 2039 Rupp, DöV 1957 S. 144 (145).

94) BGHZ 30 S. 195 (197) = LM Nr. 7 zu § 62 ZPO = NJW 1959 S. 1683 = BB 1959 S. 718 = DB 1959 S. 827 = MDR 1959 S. 730 = WM 1959 S. 903; am Rande auch schon OLG Düsseldorf NJW 1946/47 S. 65 (66); unklar insoweit RGZ 146 S. 169 (174).

95) BGH a.a.O.

96) So im Erg. auch die Beurteilung dieser Entscheidung durch BGHZ 36 S. 187 (191); anders die Stellungnahme dazu bei Stein-Jonas-Pohle § 65 Anm. III, Fn. 85; vgl. auch Henckel, der das RG (RGZ 146 a.a.O.) und OLG Düsseldorf a.a.O. für die h.M. in Anspruch nimmt.

97) Baumbach-Hartmann, Grundz § 50 Anm. 4 A.

wurzelt zwar im materiellen Recht, das den übrigen Gesellschaftern die Ausschlußbefugnis und damit die Prozeßführungsbefugnis als Gemeinschaftsrecht zuweist. Die Ausgestaltung der Prozeßführungsbefugnis als Prozeßvoraussetzung⁹⁸⁾ erfolgt jedoch durch das Verfahrensrecht. Das aber unterscheidet streng zwischen Prozeßführungsbefugnis als Zulässigkeitsvoraussetzung und materiell-rechtlicher Sachbefugnis. Beim Fehlen einer Prozeßvoraussetzung kommt das Gericht nicht mehr zu einer Begründetheitsprüfung⁹⁹⁾.

Eine ausnahmsweise Zulässigkeit der Ausschlußklage eines Teils der übrigen Gesellschafter kann auch dann nicht angenommen werden, wenn man es mit P o h l e für die Zulässigkeit ausreichen läßt, daß die Kläger b e - h a u p t e n , materiell allein berechtigt und deshalb auch allein prozeßführungsbefugt zu sein¹⁰⁰⁾.

Eine solche Behauptung durch eine begrenzte Anzahl der nicht selbst verklagten Gesellschafter ist bei einer Klage nach § 140 HGB widerspruchsfrei nicht möglich. Die Gesellschafter könnten zwar in Ausübung ihrer Vertragsfreiheit vereinbart haben, daß über die Klageerhebung mit einfacher Mehrheit der Mitglieder beschlossen wird¹⁰¹⁾. Auch diese Vereinbarung ist jedoch dahingehend auszulegen, daß die im Innenverhältnis überstimmten Gesellschafter an der Klageerhebung teilnehmen müssen¹⁰²⁾. Dies erfordert die gemeinschaftsrechtliche Natur der Ausschlußbefugnis sowie die Notwendigkeit einer Rechtskrafterstreckung des Urteils auf alle Gesellschafter.

98) BGHZ 36 S. 187 (193).

99) Rosenberg-Schwab § 97 I, 2 S. 507; Baumbach-Hartmann a.a.O.

100) Zu dieser differenzierenden Auffassung vgl. grundsätzlich Stein-Jonas-Pohle § 62 Anm. IV, 5.

101) Vgl. dazu A. Hueck, OHG, § 10 VII, 11b S. 158.

102) A. Hueck a.a.O.; Erman, Festschrift Möhring I S. 3 (6); H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit S. 233, 247; zu einer weitergehenden vertraglichen Regelungsmöglichkeit vgl. unten S. 198ff.

3. Klagerücknahme eines notwendigen Streitgenossen

Eine Abweisung der Klage als unzulässig hat auch dann zu erfolgen, wenn einer der übrigen Gesellschafter und notwendigen Streitgenossen seinen Klageantrag später zurücknimmt (§ 269 ZPO). Ob eine solche Klagerücknahme durch einen notwendigen Streitgenossen angesichts dieser Konsequenz bei der Ausschlußklage allerdings zulässig ist, wird nicht einheitlich beurteilt.

Im allgemeinen verbietet die überwiegende Prozeßrechtsliteratur die Klagerücknahme eines notwendigen Streitgenossen aus materiellrechtlichen Gründen, während ein aus prozeßrechtlichen Gründen notwendiger Streitgenosse eine Klage durchaus zurücknehmen kann¹⁰³⁾. Bei den Klagen nach §§ 117, 127 und 140 HGB hingegen läßt man, soweit das Problem erörtert wird, die Klagerücknahme mit der Unzulässigkeitsfolge zu¹⁰⁴⁾ oder aber sucht diese Folge trotz der Klagerücknahme zu vermeiden¹⁰⁵⁾.

Man wird die Frage der Zulässigkeit einer Klagerücknahme nicht anders beantworten können als die grundsätzliche Frage nach einer Mitwirkungspflicht der Gesellschafter an der Ausschlußklage. Besteht eine solche Verpflichtung, etwa unter dem Gesichtspunkt der Treuepflicht¹⁰⁶⁾, so kann einem Gesellschafter, der die Ausschlußklage pflichtgemäß als notwendiger Streitgenosse erhoben hat, nicht das Recht zur Klagerücknahme zugebilligt werden.

103) Vgl. etwa Rosenberg-Schwab § 50 IV, 1a S. 261; Baumbach-Hartmann § 62 Anm. 4 A d; A. Blomeyer § 109 IV, 3b; Thomas-Putzo § 62 Anm. 6a; a.A. Säcker, JZ 1967 S. 51ff; Stein-Jonas-Pohle § 62 Anm. V, 5.

104) Serwe S. 124ff; im Grundsatz auch A. Hueck, OHG § 10 VII, 6 S. 150.

105) A. Hueck a.a.O. bei Klagerücknahme ohne zwingenden Grund; Fischer in Großkomm. HGB § 117 Anm. 14, 17; dazu unten S. 33

106) Vgl. dazu unten S. 106ff.

Nun meint S e r w e ¹⁰⁷⁾, diesem mangelnden rechtlichen Dürfen stehe in der ZPO kein Verbot des rechtlichen Könnens zur Seite, so daß die Klagerücknahme des Streitgenossen nach § 269 ZPO zulässig sei. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden.

Auch die Wirksamkeit einer Klagerücknahme als Prozeßhandlung steht unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben (§ 242 BGB)¹⁰⁸⁾. Besteht eine Mitwirkungspflicht des Gesellschafters an der Ausschlußklage aufgrund der Treuepflicht, dann verletzt er diese Treuepflicht und damit § 242 BGB¹⁰⁹⁾ durch seine Klagerücknahme. Die Klagerücknahme ist deshalb als unzulässige und damit prozessual wirkungslose Rechtsausübung zu bewerten¹¹⁰⁾. Mit dieser "exceptio doli" ist also entgegen der Auffassung S e r w e s eine methodische Handhabe gefunden, die das prozeßrechtliche Können mit dem materiell-rechtlichen Dürfen koordiniert.

Die Auffassung S e r w e s von einer Möglichkeit zu Klagerücknahme bei gleichzeitig bestehender Mitwirkungspflicht an dieser Klage ist auch unter praktischen Gesichtspunkten unhaltbar. Nach dieser Auffassung könnte ein Gesellschafter zunächst die Klage zurücknehmen, um dann möglicherweise in einem langwierigen Verfahren auf Mitwirkung an eben dieser Klage verurteilt zu werden, die vorher durch seine Klagerücknahme unzulässig geworden ist.

Auch der Lösungsversuch F i s c h e r s ¹¹¹⁾ ist prozessual nicht zu verwirklichen. F i s c h e r meint, daß der die Klage zurücknehmende Gesellschafter "nunmehr", also wohl noch im gleichen Verfahren, auf Mitwirkung verklagt

107) Serwe S. 124 ff (126) .

108) Vgl. etwa Palandt-Heinrichs § 242 Anm. 3b; BGH NJW 1966 S. 774.

109) Zum Verhältnis von Treuepflicht und Treu und Glauben (§ 242 BGB) vgl. unten S. 91.

110) Vgl. dazu Säcker, JZ 1967 S. 51 (54).

111) Fischer in Großkomm. HGB § 117 Anm. 17.

werden kann¹¹²⁾.

Der einzige Gesichtspunkt, unter dem diese prozessuale Veränderung möglich sein könnte, ist die Klageänderung (§§ 263, 264 ZPO). Eine solche liegt aber jedenfalls dann nicht¹¹³⁾ vor, wenn - wie hier - einer der Kläger die Rücknahme seiner Klage erklärt (§ 269 ZPO) und daraufhin unter einem völlig neuen Gesichtspunkt in eine andere Parteirolle gedrängt wird. Das ist keine Klageänderung mehr, sondern die Begründung eines völlig neuen Prozeßrechtsverhältnisses nach Beendigung des alten infolge Klagerücknahme. Der Vorschlag F i s c h e r s bietet somit keine von der Zivilprozeßordnung gedeckte Lösung und ist daher nicht geeignet, die Abweisung der gesamten Klage nach Rücknahme durch einen der Streitgenossen zu vermeiden¹¹⁴⁾.

Das gleiche gilt für die Ansicht H u e c k s¹¹⁵⁾, der unter Berufung auf F i s c h e r¹¹⁶⁾ bei g r u n d - l o s e r Klagerücknahme ebenfalls eine Pflicht zur weiteren Mitwirkung annimmt¹¹⁷⁾. Mit seiner weiteren Begründung setzt er sich außerdem in Widerspruch zu seiner ansonsten ablehnenden Haltung bei der Frage der Mitwirkung an den Klagen aus §§ 117, 127 und 140 HGB¹¹⁸⁾. Er meint,

112) Einen Unterschied zwischen den Klagen nach §§ 117, 127 und § 140 wird auch Fischer dabei kaum annehmen wollen.

113) Vgl. zur allgemeinen Problematik der Behandlung eines gewillkürten Parteiwechsels als Klageänderung etwa Baumbach-Hartmann § 264 Anm. 2 C.

114) Zu dem bei dem Vorschlag Fischers weiter auftretenden Problem einer Verbindung von Ausschluß- und Mitwirkungsklage vgl. unten S. 164ff.

115) A. Hueck, OHG § 10 VII, 6 S. 150.

116) Fischer a.a.O.

117) Vgl. A. Hueck, OHG a.a.O., der ansonsten auch die Klagerücknahme eines notwendigen Streitgenossen mit der Folge der Unzulässigkeit der Ausschlußklage gestattet.

118) Vgl. A. Hueck, OHG § 10 VII, 4 S. 148.

daß die Klagerücknahme ohne zwingenden Grund eine Pflichtverletzung darstelle und nach § 249 BGB zum Schadensersatz im Wege der Naturalrestitution verpflichte. Das aber sei die weitere Mitwirkung an der Klage. Verletzter Pflicht in diesem Sinne kann aber nur eine Treuepflicht zur Mitwirkung an der Klage sein, die H u e c k damit inzidenter anerkennt.

Insgesamt ist somit festzuhalten, daß die Frage der Zulässigkeit der Klagerücknahme durch einen Gesellschafter und notwendigen Streitgenossen bei der Ausschlußklage mit der Frage nach dem Bestehen einer Mitwirkungspflicht dieses Gesellschafters an der Ausschlußklage¹¹⁹⁾ identisch ist. Besteht eine solche Mitwirkungspflicht des Gesellschafters, so stellt seine Klagerücknahme eine unzulässige und damit prozessual unwirksame Rechtsausübung dar.

§ 2 Ausnahmen von dem Grundsatz einer Klageerhebung aller übrigen Gesellschafter

I. Der gleichzeitige Ausschluß mehrerer Gesellschafter in einem Verfahren

1. Zulassung durch die einhellige Ansicht aufgrund eines unabweisbaren praktischen Bedürfnisses

Eine erste Ausnahme von dem grundsätzlichen Erfordernis einer Teilnahme aller übrigen Gesellschafter an der Aus-

119) Vgl. dazu unten S. 83ff.

schlußklage, hat man¹⁾ einhellig für den Fall zugelassen, daß mehrere Gesellschafter gleichzeitig ausgeschlossen werden sollen. Diese Ausnahme soll allerdings mit der Maßgabe gelten, daß bereits beim Fehlen des Ausschlußgrundes in der Person e i n e s Beklagten die gemeinsame Ausschlußklage insgesamt abzuweisen ist, weil der grundlos verklagte Gesellschafter als Kläger an dem Ausschlußverfahren gegen den Mitverklagten hätte teilnehmen müssen.

Der Wortlaut des Gesetzes scheint es erforderlich zu machen, daß jeder der auszuschließenden Gesellschafter einzeln verklagt wird und der jeweils andere an diesem Verfahren als Kläger mitwirkt. Das aber würde, wie zur Begründung allenthalben angeführt wird²⁾, die Ausschlußklage unangemessen erschweren oder unmöglich machen³⁾. Die Auszuschließenden würden regelmäßig zusammenhalten und sich weigern, an der Klage gegen den anderen teilzunehmen. Sie würden dies vor allem dann tun, wenn ein einheitlicher Ausschlußgrund gegen sie vorgetragen würde⁴⁾.

Es besteht somit ein unabweisbares praktisches Bedürfnis nach der Möglichkeit eines gleichzeitigen Ausschlusses mehrerer Gesellschafter in einem Verfahren.

1) Aus der Rspr. und zahlreichen Lit. vgl. etwa: RGZ 122 S. 312 (314); RGZ 146 S. 169 (174); OLG Düsseldorf NJW 1946/47 S. 66; BGHZ 64 S. 253 (255) = NJW 1975 S. 1410 (1411) = JZ 1975 S. 95 = BB 1975 S. 896 = DB 1975 S. 1408 = WM 1975 S. 774 = MDR 1975 S. 822; Weipert, RGRK-HGB § 140 Anm. 20; Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 33; ders., Festschrift Geßler a.a.O. S. 280; H. Westermann, Handbuch I Rdn. 444; A. Hueck, OHG § 29 I, 2c S. 444; Schlegelberger-Geßler § 140 Rdn. 10; Stein-Jonas-Pohle § 62 Anm. III; Henckel S. 97; Hartmann S. 23; Lent, Ih.Jb. 90 S. 26 (41/42); Nickel, JuS 1977 S. 14 (19); Pabst S. 218.

2) Vgl. etwa A. Hueck, OHG § 10 VI, 4 S. 149 für §§ 117, 127; Henckel S. 97.

3) Letzteres hängt davon ab, ob man mit der h.M. eine Mitwirkungspflicht des anderen Gesellschafters annehmen will, vgl. dazu unten S. 83ff.

4) Vgl. Fn. 2.

2. Überprüfung der Ausnahme anhand der Gründe, die zum Grundsatz der Klageerhebung durch alle übrigen Gesellschafter geführt haben

Überprüft man diese Ausnahme anhand der Gründe, die zu der grundsätzlichen Notwendigkeit einer Klage aller übrigen Gesellschafter geführt haben, so bestätigt sich ihre Zulässigkeit.

- a. Fortsetzung der Gesellschaft und rechtliches Gehör der Gesellschafter bleiben gewährleistet

An den Ausschlußverfahren gegen mehrere Gesellschafter nehmen alle Gesellschafter teil. Es besteht lediglich die Besonderheit, daß den fortsetzungswilligen Gesellschaftern mehrere Beklagte gegenüberstehen. Die Fortsetzung der Gesellschaft durch die klagenden Gesellschafter ist gesichert, und im Ausschlußverfahren ist allen Gesellschaftern die Möglichkeit rechtlichen Gehörs gegeben. So kann auch der wichtige Grund im Verhältnis zu allen Gesellschaftern festgestellt werden.

- b. Der Schutz des Auszuschließenden bleibt gewahrt

Der Schutz des jeweils betroffenen Gesellschafters vor der Gefahr eines willkürlichen Ausschlusses bleibt, soweit er erforderlich ist, ebenfalls gewahrt. Er beruht auf der freien Entscheidung aller übrigen Gesellschafter, die Gesellschaft ohne den Beklagten fortzusetzen. Wird der Mitverklagte ebenfalls ausgeschlossen, so hat der Beklagte kein berechtigtes Interesse mehr an dessen Entscheidung, da dieser die Gesellschaft nicht fortsetzt. Dies gilt wechselseitig für beide auf Ausschluß verklagte Gesellschafter. Im Falle der Klageabweisung gegen

einen Auszuschließenden scheitert die Klage insgesamt, weil dieser dann an der Klage gegen den anderen hätte teilnehmen müssen. Der durch das gemeinsame Antragerfordernis des § 140 HGB bezweckte Schutz des Betroffenen ist somit ausreichend gewahrt.

c. Die gemeinschaftsrechtliche Natur der Ausschlußbefugnis steht dem gleichzeitigen Ausschluß mehrerer nicht entgegen

Auch der Umstand, daß es sich bei der Ausschlußbefugnis um ein allen übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich zustehendes Recht handelt, hindert die Zulässigkeit einer gleichzeitigen Klage gegen mehrere Gesellschafter nicht.

Zwar steht die Ausschlußbefugnis auch dem mitauszuschließenden Gesellschafter gegen den jeweils anderen zu. Er hat an der Ausübung dieser Befugnis auf der Klägersseite jedoch keinerlei Interesse mehr, wenn er ebenfalls ausgeschlossen wird. Der personelle Bestand der Gesellschaft interessiert ihn nicht mehr⁵⁾, und die verfügungsähnliche Wirkung des Ausschlußurteils⁶⁾ gegen den anderen trifft ihn dann nicht mehr.

Der Auffassung Weiperts⁷⁾, wonach jeder der Beklagten ein Interesse daran habe, daß der andere nicht ausgeschlossen werde, kann in diesem Zusammenhang nicht gefolgt werden. Die Verminderung des Kredits der Gesellschaft oder gar die Erschütterung ihrer finanziellen Grundlage durch Zahlung der Abfindung interessiert den ebenfalls ausgeschlossenen Gesellschafter gerade nicht mehr. Wird die Ausschlußklage gegen ihn andererseits abgewiesen, so ist sie auch gegen den anderen abzuweisen, da dann auf der Klägersseite nicht alle übrigen fortset-

5) Henckel S. 97/98; A. Hueck, OHG § 29 I, 2c S. 444.

6) Vgl. dazu oben S. 23

7) Vgl. Weipert, RGRK-HGB § 140 Anm. 20.

zungswilligen Gesellschafter mitgewirkt haben⁸⁾. In diesem Fall wird also das dann fortbestehende Interesse des einen Gesellschafters am Ausschluß des anderen berücksichtigt.

d. Die fehlende gegenseitige Rechtskraftwirkung der Ausschlußurteile hindert den gleichzeitigen Ausschluß mehrerer nicht

Auch wenn man die gleichzeitige Ausschlußklage gegen mehrere Gesellschafter im Hinblick auf die grundsätzlich erforderliche Rechtskraft solcher Urteile gegenüber allen Gesellschaftern⁹⁾ untersucht, ergeben sich keine Bedenken.

Eine Erstreckung der materiellen Rechtskraft des Ausschlußurteils gegen den einen Gesellschafter auf den ebenfalls ausgeschlossenen Gesellschafter und umgekehrt tritt nicht ein, auch dann nicht, wenn sie sich als notwendige Streitgenossen erweisen sollten¹⁰⁾. Sie ist aber auch nicht erforderlich.

Wenn beide aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, fehlt ihnen jedes Rechtsschutzinteresse an einer erneuten Überprüfung des Ausschlusses des anderen. Dies ergeben schon die materiell-rechtlichen Überlegungen zur gemeinschaftsrechtlichen Natur der Ausschlußbefugnis¹¹⁾. Wird andererseits nur in der Person eines Gesellschafters ein wichtiger Grund festgestellt, so kommt es zu keiner Beschwer der auf Ausschluß Verklagten, weil die Klage dann wegen fehlender Teilnahme aller fortsetzungswilligen Ge-

8) Vgl. RGZ 122 S. 312 (314); RGZ 146 S. 169 (174); Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 33 und oben S.

9) Vgl. dazu oben S. 20

10) Stein-Jonas-Pohle § 61 Anm. I, 4.

11) Vgl. allgemein auch Stein-Jonas-Pohle a.a.O.

sellschafter auf der Klägerseite insgesamt abgewiesen wird¹²⁾.

3. Mehrere gemeinsam auf Ausschluß verklagte Gesellschaften sind notwendige Streitgenossen (§ 62 Abs. 1, 1. Fall ZPO)

Während eine vornehmlich von prozeßrechtlicher Seite vorgetragene Auffassung die Auszuschließenden als einfache Streitgenossen ansieht¹³⁾, plädiert die Gegenmeinung¹⁴⁾ für eine notwendige Streitgenossenschaft der Beklagten. Die Ablehnung der notwendigen Streitgenossenschaft erklärt sich vor allem daraus, daß sich ihre Gegner auf eine Untersuchung der notwendigen Streitgenossenschaft aus m a t e r i e l l rechtlichen Gründen beschränken¹⁵⁾. Aus materiellrechtlichen Gründen aber ist die von § 62 Abs. 1, 1. Fall ZPO verlangte notwendig einheitliche Entscheidung in der Tat nicht erforderlich.

Die Feststellung des von § 140 HGB vorausgesetzten wichtigen Grundes kann durchaus unterschiedlich ausfallen, da der Ausschlußgrund in hohem Maße von der Person des Auszuschließenden und seiner Stellung in der Gesellschaft abhängt¹⁶⁾. Liegt aber in der Person des einen von zwei auszuschließenden Gesellschaftern ein Ausschlußgrund vor,

12) Vgl. dazu oben S. 39 Fn. 8.

13) Lent Ih.Jb. 90 S. 26 (41); RGZ 146 S. 169 (173); Stein-Jonas-Pohle § 62 Anm. III, 1a; Henckel S. 103, der sich in Fn. 193 zu Unrecht auf Baumbach-Duden 13. Aufl. 1959 § 140 Anm. 3 A beruft.

14) Weipert, RGRK-HGB § 140 Anm. 20; unter Berufung darauf im Ergebnis auch Schlegelberger-Geßler § 140 Anm. 10; Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 36; Haarmann/Holtkamp, NJW 1977 S. 1396.

15) Vgl. vor allem: Henckel S. 103 Fn. 193; Stein-Jonas-Pohle a.a.O.

16) Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 34.

während ein wichtiger Grund bei dem anderen fehlt, so kommt es - nach dieser allein materiell-rechtlichen Betrachtung - auch zu keiner einheitlichen Entscheidung.

Die gemeinsam auf Ausschluß verklagten Gesellschafter sind aber notwendige Streitgenossen aus prozeßrechtlichen Gründen, weil die Entscheidung aus prozeßrechtlichen Gründen nur einheitlich erfolgen kann. Die Beklagten werden entweder beide durch Sachurteil ausgeschlossen, oder aber die Klage wird gegen beide Gesellschafter durch Prozeßurteil abgewiesen¹⁷⁾.

Ist die gleichzeitig gegen zwei Gesellschafter erhobene Ausschlußklage gegen den einen von ihnen erfolglos, so muß nach dem Grundsatz des § 140 HGB die Klage gegen den anderen als unzulässig¹⁸⁾ abgewiesen werden, weil es an der dafür notwendigen Mitwirkung aller übrigen Gesellschafter fehlt. Umgekehrt ist für die Klage gegen den anderen aber ebenfalls die Teilnahme aller übrigen Gesellschafter erforderlich.

Dies ergibt sich nach der bisherigen Untersuchung vor allem daraus, daß es bei der Ausschlußklage um eine Veränderung der personellen Grundlagen der Gesellschaft geht, über die nur alle Gesellschafter gemeinschaftlich Verfügungsbefugt sind. Auch dem jeweils mitverklagten Gesellschafter steht diese gemeinschaftliche Verfügungsbefugnis zu¹⁹⁾. Er ist zwar durch § 140 HGB darauf verwiesen, sich als Beklagter gegen die von den Klägern betriebene und vor allem ihn treffende Grundlagenänderung zu wehren²⁰⁾, damit verliert er seine Mitverfügungsbefugnis aber nicht.

Die Notwendigkeit der Teilnahme aller übrigen Gesellschafter an den Ausschließungsklagen ist eine von Amts

17) A.A. Henckel S. 103 Fn. 193.

18) Vgl. dazu oben S. 30ff.

19) Vgl. dazu umfassend oben S. 22 und auch S. 38.

20) Es ist daher ungenau, wenn Zöllner § 17 I S. 149 den § 140 HGB als Stimmrechtsausschluß ansieht.

wegen und vor Eintritt in eine Sachprüfung festzustellen-
de Prozeßvoraussetzung²¹. Bei ihrer Prüfung im Rahmen der
einen Ausschlußklage kann das Gericht nicht die Umgestal-
tung des Gesellschaftsverhältnisses durch einen Ausschluß
aufgrund der anderen Klage unterstellen. Dafür bedarf es
vielmehr des gestaltenden Ausschlußurteils. Erst eine
rechtskräftige Entscheidung über die eine Klage führt zur
Zulässigkeit der anderen Klage und umgekehrt.²²

Bei einem Nacheinander der Ausschlußklagen wäre die Rechts-
kraft des ersten Urteils für die Entscheidung im zweiten
Prozeß notwendig. Diese Abhängigkeit von der Rechtskraft
eines Urteils in einem anderen Prozeß im Falle des Nach-
einander der Prozesse führt bei einem Miteinander der
Prozesse zur notwendigen Streitgenossenschaft aus prozeß-
rechtlichen Gründen²³. Es ergibt sich die Notwendigkeit
einer einheitlichen Entscheidung gemäß § 62 Abs. 1, 1.
Fall ZPO.

Nur mit Hilfe der notwendigen Streitgenossenschaft
können schließlich widersprüchliche Urteile verhindert
werden. Sähe man die beiden gemeinsam ausgeschlossenen
Gesellschafter hingegen mit der Gegenmeinung²⁴) als ein-
fache Streitgenossen an und legte nur der eine gegen das
erstinstanzliche Ausschlußurteil mit Erfolg Berufung ein,
während der andere das Urteil rechtskräftig werden ließe,
so bliebe es bei seinem Ausschluß, auch wenn die Klage
gegen ihn bei einer ex post Betrachtung wegen fehlender
Mitwirkung des unbegründet Verklagten auf der Klägersei-
te unzulässig war. Wie mißlich dieses Ergebnis ist wird
deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß auf diese
Weise das Erfordernis einer Teilnahme aller übrigen Ge-

21) Rosenberg-Schwab § 97 I S. 462; Baumbach-Hartmann,
Grundz. § 50 Anm. 4A und oben S.

22) Das übersieht Henckel S. 103 Fn. 193.

23) Rosenberg-Schwab § 50 III S. 255; Thomas-Putzo § 62
Anm. 3.

24) S.o. Fn. 13.

sellschafter an der Ausschlußklage letztlich doch umgangen würde. Der unbegründet auf Ausschluß verklagte Gesellschafter hätte es in der Hand gehabt, durch die Verweigerung seiner Mitwirkung auf der Klägerseite den Ausschluß des mitverklagten Gesellschafters zu verhindern oder doch zu erschweren²⁵⁾. Selbst auf Ausschluß verklagt - Gründe lassen sich immer finden -, hat er diese Möglichkeit nicht. Ihm würde die Ausübung der gemeinschaftsrechtlichen Ausschlußbefugnis und dem ausgeschlossenen Mitgesellschafter der Schutz einer Beteiligung aller übrigen an der Ausschlußklage entzogen.

Alle diese bei einer divergierenden Entscheidung auftretenden Schwierigkeiten werden vermieden, wenn man die auf Ausschluß verklagten Gesellschafter entsprechend dem Normzweck des § 62 I 1. Fall ZPO und der Interessenlage der Beteiligten als notwendige Streitgenossen behandelt. Die notwendige Streitgenossenschaft führt dazu, daß die Rechtskraft der Ausschlußentscheidung so lange in der Schwebe bleibt, als diese noch von einem Streitgenossen angefochten werden kann²⁶⁾. Auch der die Rechtsmitteleinlegung versäumende Gesellschafter wäre als notwendiger Streitgenosse in der nächsten Instanz zuzuziehen²⁷⁾, was bei seinem rechtskräftigen Ausschluß als einfacher Streitgenosse nicht der Fall wäre.

Mehrere auf Ausschluß verklagte Gesellschafter sind daher notwendige Streitgenossen entsprechend § 62 I, 1. Fall ZPO.

25) Zu einer eventuellen Mitwirkungspflicht vgl. unten S. 83ff.

26) Vgl. Baumbach-Hartmann § 62 Anm. 4C; Stein-Jonas-Pohle § 62 V und ausführlich RGZ 157 S. 33.

27) Baumbach-Hartmann § 62 Anm. 4C.

4. Die Notwendigkeit eines gemeinsamen Ausschlußgrundes beim Ausschluß mehrerer

Man könnte es nun für erforderlich halten, daß die Ausschlußklage gegen mehrere Gesellschafter als notwendige Streitgenossen nur dann zuzulassen ist, wenn die geltend gemachten Ausschlußgründe wenigstens innerlich zusammenhängen. Eine solche Auffassung wird jedoch zu Recht nicht vertreten. Soweit diese Frage zu § 140 HGB überhaupt diskutiert wird, hält man einen solchen Zusammenhang nicht für erforderlich²⁸⁾.

Wenn Pabst²⁹⁾ auf eine gegenteilige angeblich herrschende Meinung verweist, beruht dieser Irrtum auf der undifferenzierten Behandlung von Ausschluß- und Entziehungsklagen. Es liegt hier eine der wenigen Fragestellungen vor, die für § 140 und §§ 117, 127 HGB nicht ohne weiteres gleich behandelt werden können³⁰⁾. Nur bei den Entziehungsklagen wird die Frage kontrovers behandelt³¹⁾.

Bei der Ausschlußklage besteht hingegen kein Grund, einen inneren Zusammenhang der Ausschlußgründe zu verlangen. Für zwei gemeinsam Ausgeschlossene ist es gleichgültig, warum der jeweils andere ausgeschlossen wurde. Ihr mit dem Ausschluß entfallendes Interesse am Schicksal der Gesellschaft erstreckt sich auch auf den Ausschluß des Mitgesellschafters³²⁾. Auch die streitgenössische Verbindung der mehreren Auszuschließenden erfordert keine Gleichartigkeit des Ausschlußgrundes.

28) A. Hueck, OHG § 29 I, 2c S. 444; Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 33; ders., Festschrift Geßler S. 269 (271 Fn. 11); Weipert, RGRK-HGB § 140 Anm. 20; H. Westermann, Handb. I Rdn. 414.

29) Pabst S. 219.

30) Auf den Unterschied verweisen ausdrücklich Ulmer, Festschrift Geßler a.a.O.; A. Hueck, OHG a.a.O.; H. Westermann, Handb. a.a.O.

31) Vgl. dazu die Ausführungen unten S. 74.

32) A. Hueck a.a.O.

Die weit auszulegende Zweckmäßigkeitsvorschrift³³⁾ des § 60 ZPO setzt keinen identischen tatsächlichen und rechtlichen Grund für die Zulassung der Streitgenossenschaft voraus. Die Worte "a u f e i n e m" bedeuten nicht die Zahl, sondern den unbestimmten Artikel³⁴⁾. Auch die Behandlung der mehreren auf Ausschluß verklagten Gesellschafter als *n o t w e n d i g e* Streitgenossen macht einen gemeinsamen Ausschlußgrund nicht erforderlich. Für eine Streitgenossenschaft auf der Passivseite reicht es aus, daß die mehreren Gesellschafter mit Hilfe der gleichen rechtlichen Vorschrift aus einer Gesellschaft ausgeschlossen werden sollen.

5. Zur Möglichkeit des Ausschlusses aller übrigen Gesellschafter durch einen einzelnen

Die Zulassung des Ausschlusses mehrerer Gesellschafter gleichzeitig in einem Verfahren eröffnet nun allerdings auch die Möglichkeit, daß ein einziger Gesellschafter alle übrigen Mitgesellschafter auf einmal verdrängt³⁵⁾.

Bedenken können aus dieser Möglichkeit jedoch nicht hergeleitet werden. Auf diesen Fall ist nicht § 140 HGB, sondern § 142 HGB mit seinen in diesem Fall strengeren Voraussetzungen³⁶⁾ hinsichtlich des wichtigen Grundes anzuwenden. Diese Vorschrift gilt zwar nach ihrem Wortlaut nur für zweigliedrige Personenhandelsgesellschaften. Nach ihrem Sinn und Zweck ist sie aber auch dann anzuwenden,

33) Baumbach-Hartmann § 60 Anm. 1; dazu auch Pabst S. 219.

34) Stein-Jonas-Pohle § 61 Anm. I.

35) Vgl. dazu die Andeutung bei A. Hueck, OHG § 10 VII, 4 S. 149 im Zusammenhang mit §§ 117, 127.

36) RGZ 24 S. 136 (139); RG LZ 1932 S. 1145; BGHZ 4 S. 108 (110); Ulmer in Großkomm. HGB § 142 Anm. 12; differenzierend: Rinsche S. 72, 73, 88; A. Hueck, OHG § 30 I S. 465 Fn. 4; H. Westermann, Handbuch I Rdn. 571; Sandrock, JR 1969 S. 323 (329).

wenn die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen besteht und bei allen Gesellschaftern mit Ausnahme des Klägers Ausschließungsgründe vorliegen³⁷⁾.

Auch in diesem besonderen Fall der Übernahmeklage brauchen die Ausschlußgründe nicht identisch zu sein, und auch hier ist die Klage wie bei § 140 insgesamt abzuweisen, wenn nur gegen einen Gesellschafter ein Ausschlußgrund nicht besteht. Der Kläger hat dann kein Übernahmerecht³⁸⁾. Insgesamt bestehen also gegen die Zulassung einer Ausschlußklage gegen mehrere Gesellschafter gleichzeitig in einem Verfahren auch insoweit keine Bedenken, als dies zu einer Übernahme des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens durch einen Gesellschafter führen kann.

II. Die Verpflichtung eines Gesellschafters, mit Rechtskraft des Ausschlußurteils gegen einen Mitgesellschafter freiwillig auszuscheiden

1. Die Differenzierung nach dem Vorliegen eines Ausschlußgrundes in der Person des freiwillig Ausscheidenden

Eine weitere Ausnahme von der Notwendigkeit einer Teilnahme aller nicht selbst verklagter Gesellschafter an der Ausschlußklage wird dann gemacht, wenn sich ein Gesellschafter verpflichtet, mit Rechtskraft des Ausschlußurteils gegen einen Mitgesellschafter ebenfalls aus der Gesellschaft auszuscheiden. Dieser Gesellschafter braucht dann weder auf der Aktiv- noch auf der Passivseite an dem Rechtsstreit beteiligt werden. Mit dieser Beschreibung

37) Einhellige Ansicht, vgl. OLG Hamburg LZ 1915 S. 1644; OLG Stuttgart DB 1961 S. 1644; Ulmer in Großkomm. HGB § 142 Anm. 9; Röttemann, NJW 1956 S. 1617 (1620); Schlegelberger-Geßler § 142 Rdn. 10.

38) Vgl. Ulmer in Großkomm. HGB § 142 Anm. 10.

der Ausnahme begnügen sich Literatur³⁹⁾ und Rechtsprechung⁴⁰⁾ in der Regel. Es wird regelmäßig nicht weiter danach differenziert, ob in der Person des sich zum freiwilligen Ausscheiden verpflichtenden Gesellschafters ebenfalls ein Ausschlußgrund vorliegen muß oder nicht. Eine Ausnahme macht Weipert⁴¹⁾, wenn er ausdrücklich auf eine Teilnahme des freiwillig ausscheidenden Gesellschafters an der Ausschlußklage auch dann verzichtet, wenn in seiner Person ein Ausschlußgrund nicht vorliegt. Diese Ansicht insgesamt als herrschend anzusehen⁴²⁾, ist jedoch insbesondere deshalb problematisch, weil man sich überwiegend auf die Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1934⁴³⁾ beruft⁴⁴⁾. Dort geht das Reichsgericht aber gerade von einem Sachverhalt aus, wonach der freiwillig Ausscheidende das *V o r h a n d e n s e i n* eines wichtigen Grundes in seiner Person ausdrücklich gegenüber den anderen Gesellschaftern *a n e r k a n n t* hat⁴⁵⁾.

Anders als diese "herrschende" Ansicht läßt Ulmer⁴⁶⁾ den Verzicht auf eine Teilnahme des sich zum

39) Vgl. A. Hueck, OHG § 29 I 2c S. 444; Schramm, MDR 1963 S. 174; Baumbach-Duden § 140 Anm. 3 A; Hartmann S. 24; Henckel S. 98 allerdings unter Hinweis sowohl auf RGZ 146 S. 169 wie auch auf Weipert, RGRK-HGB § 140 Anm. 20.

40) Besonders stark verallgemeinernd: BGH NJW 1958 S. 418 = LM Nr. 3 zu § 133 HGB = BB 1958 S. 213 = JZ 1958 S. 406 = MDR 1958 S. 218 = DB 1958 S. 159 am Rande; kritisch dazu Ulmer, Festschrift Geßler S. 269 (276 Fn. 33).

41) Weipert, RGRK-HGB § 140 Anm. 20.

42) So Lindacher, Festschrift Paulick S. 73; Ulmer, Festschrift Geßler S. 269 (280).

43) RGZ 146 S. 169 = JW 1935 S. 1559.

44) A. Hueck, OHG a.a.O. Fn. 39; Baumbach-Duden a.a.O. Fn. 39; BGH LM Nr. 3 zu § 133 HGB.

45) RGZ a.a.O. S. 173; davon scheint auch Geßler auszugehen, wenn er von einem Einverständnis mit der Ausschließung spricht, vgl. Schlegelberger-Geßler § 140 Rdn. 10.

46) Ulmer, Festschrift Geßler a.a.O.; ders. in Großkomm. HGB § 140 Anm. 33.

freiwilligen Ausscheiden verpflichtenden Gesellschafters an der Ausschlußklage nur dann zu, wenn in dessen Person ebenfalls ein Ausschlußgrund besteht.

Die Gründe, die für die Zulassung der hier behandelten Ausnahme von der notwendigen Prozeßbeteiligung aller Gesellschafter genannt werden, zielen - auch soweit sie von der herrschenden Ansicht vorgetragen werden - vornehmlich auf den Fall ab, daß ein Ausschlußgrund in der Person des freiwillig Ausscheidenden besteht oder aber von ihm anerkannt wurde. Es wird vor allem geltend gemacht, daß die Kläger kein Rechtsschutzbedürfnis für eine Ausschlußklage gegen denjenigen besitzen, der einen wichtigen Grund in seiner Person anerkennt und freiwillig ausscheidet⁴⁷⁾. Außerdem könne dem auf Ausschluß verklagten Gesellschafter nicht die Möglichkeit genommen werden, auf das Bestreiten des wichtigen Grundes zu verzichten⁴⁸⁾.

Dies überzeugt nicht zuletzt deshalb, weil ein solcher Gesellschafter, würde er dennoch verklagt, mit der Kostenfolge des § 93 ZPO im ersten Termin anerkennen könnte⁴⁹⁾.

Alle diese Überlegungen erklären jedoch nur, warum der einen Ausschlußgrund in seiner Person anerkennende Gesellschafter nicht auf der Passivseite an dem Ausschlußverfahren teilnehmen muß. Sie lösen hingegen nicht die grundsätzliche Frage, ob ein freiwillig ausscheidender Gesellschafter überhaupt an dem Ausschlußverfahren gegen einen anderen teilnehmen muß und inwieweit das Teilnahmeerfordernis davon abhängt, ob in seiner Person ein Ausschlußgrund besteht. Eine Antwort darauf kann nicht allein mit Hilfe der bisher genannten prozessualen Argumente gefunden werden, sondern hängt von den Erwägungen ab, die zur grundsätzlichen Notwendigkeit einer Prozeßbeteiligung

47) Weipert, RGRK-HGB § 140 Anm. 20; vgl. dazu auch Serwe S. 127 Fn. 5.

48) Ulmer, Festschrift Geßler S. 269 (280).

49) Vgl. dazu Breit, JR 1926 Sp. 761, Fortsetzung Sp. 757 (763).

aller übrigen Gesellschafter an der Ausschlußklage geführt haben.

2. Überprüfung der Ausnahme in Hinblick auf die Gründe, die zur Notwendigkeit einer Prozeßbeteiligung aller übrigen Gesellschafter geführt haben

Der Gesellschafter, der sein freiwilliges Ausscheiden für den Fall erklärt hat, daß ein anderer Gesellschafter ausgeschlossen wird, scheidet erst mit Rechtskraft dieses Ausschlußurteils aus der Gesellschaft aus⁵⁰⁾. Solange ist er noch Gesellschafter und müßte also grundsätzlich an diesem Ausschlußverfahren teilnehmen. Daß man auf seine Teilnahme auf der Beklagtenseite verzichten kann, wenn in seiner Person gleichfalls ein Ausschlußgrund vorliegt, ergeben die bisherigen prozessualen Überlegungen⁵¹⁾. Auf die Teilnahme dieses Gesellschafters kann indes überhaupt verzichtet werden. Dies gilt unabhängig davon, ob ein Ausschlußgrund in seiner Person besteht oder nicht.

- a. Der Sinn und Zweck des § 140 HGB steht der Zulassung der Ausnahme nicht entgegen

Einen Gesellschafter, der sich verpflichtet hat, mit Rechtskraft des Ausschlußurteils gegen einen Mitgesellschafter aus der Gesellschaft auszuscheiden, gleichwohl zur Teilnahme an diesem Verfahren zu zwingen, entspricht nicht dem Sinn und Zweck des § 140 HGB. Sinn dieser Vorschrift ist es in erster Linie sicherzustellen, daß diejenigen, die nachher die Gesellschaft allein fortführen sollen, darüber einig sind, daß die Gesellschaft nur un-

50) Vgl. etwa Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 33; ders., Festschrift Geßler S. 269 (280 Fn. 53).

51) S.o. S. 48.

ter ihnen fortgesetzt werden soll. Es soll verhindert werden, daß die Gesellschaft fortgesetzt wird, obwohl ein Teil der Gesellschafter in der bestehenden Zusammensetzung nicht weiter zusammenarbeiten will⁵²⁾.

Im Hinblick auf die Person des Ausscheidenden selbst ist dessen Teilnahme am Ausschlußverfahren gegen einen Mitgesellschafter danach unnötig. Er wünscht im Falle einer erfolgreichen Ausschlußklage gegen den Mitgesellschafter die Gesellschaft gar nicht mit den Klägern fortzusetzen. Dies kommt für ihn auch dann nicht in Betracht, wenn in seiner Person ein Ausschlußgrund nicht besteht. Das hat er in seiner Austrittserklärung ausdrücklich deutlich gemacht, so daß es sinnwidrig wäre, ihn der Seite der fortsetzungsbereiten Kläger zuzuordnen. Besteht in seiner Person ein Ausschlußgrund, so kann er andererseits ebenso wenig der Beklagtenseite zugerechnet werden, weil er sich weder gegen sein eigenes Ausscheiden noch gegen den Ausschluß seines Mitgesellschafters wehren will. Er ist bereit, diesen Ausschluß hinzunehmen und hat dann an der Entwicklung der Gesellschaft insgesamt kein Interesse mehr. Er stellt in dem Streit eine Art neutrale Partei dar, deren Verfahrensteilnahme vom Sinn und Zweck des § 140 HGB nicht gefordert wird.

Dies gilt auch aus der Sicht der Kläger. Sie sind an der Verfahrensteilnahme eines Mitgesellschafters, der im Erfolgsfalle die Personengemeinschaft verlassen will, nicht interessiert. Sie sind es umso weniger, als der zum Ausscheiden Entschlossene ihnen im Verfahren kaum eine Hilfe sein dürfte. Ihn andererseits auf Ausschluß zu verklagen, sind die fortsetzungswilligen Gesellschafter schon aus den erwähnten prozessualen Gründen nicht interessiert.⁵³⁾ Ob in seiner Person ein Ausschlußgrund besteht

52) RGZ 146 S. 169 (173); vgl. dazu insgesamt oben S. 11

53) S. o. S. 48

oder nicht, ist den Klägern angesichts seines freiwilligen Ausscheidens gleichgültig.

Auch der Schutz des auf Ausschluß verklagten Gesellschafters⁵⁴ erfordert nicht die Teilnahme des zum freiwilligen Ausscheidenden entschlossenen Gesellschafters⁵⁵). Hinsichtlich des beabsichtigten klageweisen Ausschlusses seines Mitgesellschafters verhält dieser sich unparteiisch. Er knüpft daran lediglich Schlußfolgerungen für sein eigenes Verhalten. Dies muß dem Auszuschließenden genügender Schutz gegen einen willkürlichen Ausschluß durch die Kläger sein. Einem solchen willkürlichen Ausschlußvorhaben stünde der freiwillig Ausscheidende erwartungsgemäß nicht parteilos gegenüber und hätte kaum eine Verpflichtung zum Ausscheiden übernommen.

Aus der Sicht des auf Ausschluß verklagten Gesellschafters fehlt auch das Bedürfnis an der klageweisen Feststellung eines wichtigen Grundes in der Person des freiwillig Ausscheidenden. Ein mögliches Fehlverhalten des freiwillig ausscheidenden Gesellschafters könnte das einen Ausschlußgrund darstellende Verhalten des Beklagten im Verhältnis zu den fortsetzungswilligen Gesellschaftern nicht relativieren. Der freiwillig Ausscheidende verläßt mit Rechtskraft des Ausschlußurteils ebenfalls die Gesellschaft, so daß sein Verhalten bei der abwägenden Feststellung des wichtigen Grundes nicht zu einer Entlastung des auf Ausschluß verklagten Gesellschafters führen kann.

b. Die gemeinschaftsrechtliche Natur der Ausschlußbefugnis hindert die Ausnahme nicht

Auch der Umstand, daß es sich bei der Ausschlußbefugnis um ein Gemeinschaftsrecht handelt, macht eine Teilnahme

54) Dazu insgesamt oben S. 12 und Weipert, RGRK-HGB § 140 Anm. 20.

55) So im Ergebnis auch Weipert a.a.O.

des mit Rechtskraft des Urteils freiwillig ausscheidenden Gesellschafters an dem Ausschlußverfahren nicht erforderlich.

Zwar ist er bis zur Rechtskraft des Ausschlußurteils gegen den Mitgesellschafter noch Gesellschafter und damit Mitinhaber der Ausschlußbefugnis⁵⁶⁾. An der Ausübung dieser Befugnis hat er jedoch keinerlei Interesse⁵⁷⁾, weil er nicht zu der Fortsetzungsgemeinschaft gehört, sondern im Klageerfallsfall ebenfalls die Gesellschaft verläßt. Die Interessenposition des freiwillig Ausscheidenden entspricht hier insoweit derjenigen eines Mitverklagten bei der Ausschlußklage gegen mehrere Gesellschafter⁵⁸⁾.

Ein Mitwirkungsinteresse des Ausscheidenden fehlt auch unabhängig davon, ob in seiner Person ein Ausschlußgrund besteht oder nicht.

c. Keine Bedenken aus der fehlenden Rechtskraft

Bedenken gegen den Verzicht auf eine Prozeßbeteiligung des mit Rechtskraft des Ausschlußurteils gegen den Mitgesellschafter freiwillig Ausscheidenden ergeben sich auch nicht im Hinblick auf die fehlende Rechtskrafterstreckung⁵⁹⁾.

Da der freiwillig Ausscheidende an dem Ausschlußverfahren nicht teilnimmt, wird er auch von der Rechtskraft des Ausschlußurteils nicht erfaßt. Seine Einbeziehung in die Rechtskraftwirkung des Urteils ist aber auch entbehrlich. Hat die Ausschlußklage gegen den Mitgesellschafter Erfolg, dann scheidet er entsprechend seiner schuldrechtlichen Verpflichtung mit Rechtskraft des Urteils eben-

56) S. o. S. 21.

57) Vgl. Henckel S. 98; A. Hueck, OHG § 29 I, 2c S. 444.

58) S. o. S. 37.

59) Vgl. zur grundsätzlichen Notwendigkeit einer Rechtskraftwirkung des Ausschlußurteils gegenüber allen Gesellschaftern oben S. 20.

falls aus der Gesellschaft aus und besitzt für eine erneute Überprüfung der Rechtmäßigkeit ihrer personellen Zusammensetzung kein Rechtsschutzinteresse mehr. Wird die Ausschlußklage hingegen abgewiesen, bleibt es beim gegenwärtigen Status der Gesellschaft. Es fehlt dann an einer Beschwer, die Veranlassung geben könnte, die Zusammensetzung der Gesellschaft anzugreifen. Dabei ist es wiederum irrelevant, ob in der Person des freiwillig ausscheidenden Gesellschafters ein Ausschlußgrund besteht oder nicht⁶⁰⁾.

d. Zur Ansicht U l m e r s

Nun führt U l m e r ⁶¹⁾ für seine These von der Notwendigkeit eines Ausschlußgrundes in der Person des freiwillig Ausscheidenden an, daß dem Beklagten ein Recht zustehen müsse, das Fehlen dieses Ausschlußgrundes in der Person des Freiwilligen als negative Prozeßvoraussetzung gegen die Ausschlußklage einzuwenden. Insoweit, so behauptet er⁶²⁾, bestehe eine Parallele zur Ausschlußklage gegen mehrere Gesellschafter in einem Verfahren. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Die behauptete Parallelität zwischen der gemeinsamen Ausschlußklage und dem vorliegenden Fall des freiwilligen Ausscheidens eines Gesellschafters besteht nicht. Fehlt bei der gemeinsamen Ausschlußklage in der Person eines der beiden beklagten Gesellschafter der Ausschlußgrund, so ist die Klage gegen beide als unzulässig abzuweisen. Dieser bleibt Mitglied der Gesellschaft und hätte

60) Vgl. dazu wieder die ähnliche Problematik bei der Ausschlußklage gegen mehrere Gesellschafter in einem Verfahren.

61) Ulmer, Festschrift Geßler a.a.O. S. 280; ders. in Großkomm. HGB § 140 Anm. 33.

62) Ulmer, Festschrift Geßler a.a.O. S. 280.

daher an der Klage gegen jenen mitwirken müssen.

Beim freiwilligen Ausscheiden eines Gesellschafters mit rechtskräftigem Ausschluß des Mitgesellschafters ist das anders. Hier verläßt der Freiwillige die Gesellschaft unabhängig von einem Ausschlußgrund in seiner Person. Sein weiterer Verbleib in der Gesellschaft hängt allein vom Ergebnis der Ausschlußklage gegen den Mitgesellschafter ab, auf die sich der Streit reduziert hat. Ist diese Klage erfolgreich, scheidet auch er aus, unabhängig von einem wichtigen Grund in seiner Person. Der Fall, daß der Mitgesellschafter ausgeschlossen wird, während er in der Gesellschaft verbleibt, also auch an dessen Ausschluß hätte mitwirken müssen, tritt nicht ein.

Die Interessensituation der Beteiligten bei der gemeinsamen Ausschlußklage⁶³⁾ und beim freiwilligen Mitausscheiden ist daher nicht vergleichbar.

Unklar bleibt nach der Auffassung U l m e r s auch vor allem, wie die Frage, ob ein Ausschlußgrund in der Person des freiwillig Ausscheidenden tatsächlich besteht, in das Verfahren eingeführt werden soll. Dies könnte doch nur dadurch geschehen, daß der sich zum freiwilligen Ausscheiden Verpflichtende, genau wie im Fall der Ausschlußklage gegen mehrere Gesellschafter, auf Ausschluß verklagt würde. Andernfalls würde unter Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör in dem Urteil ein wichtiger Grund in seiner Person festgestellt⁶⁴⁾.

Damit aber führte die Auffassung U l m e r s letztlich dazu, daß das freiwillige Ausscheiden eines Gesellschafters mit Rechtskraft des Ausschlußurteils gegen einen Mitgesellschafter überhaupt nicht möglich wäre, unabhängig davon, ob ein Ausschlußgrund in seiner Person bestünde oder nicht.

63) Vgl. oben S. 20.

64) Vgl. zur Verletzung des rechtlichen Gehörs in einem solchen Fall oben S. 25, insbes. Fn. 68.

3. Zur Art und Weise des freiwilligen Ausscheidens

Damit steht endgültig fest, daß derjenige Gesellschafter, der freiwillig aus der Gesellschaft ausscheidet, sich unabhängig vom Bestehen eines Ausschlußgrundes in seiner Person nicht an der Ausschlußklage zu beteiligen braucht. Es bleibt also nur noch die Frage, wie sein Ausscheiden bedenkenfrei zu bewerkstelligen ist.

Will man nicht die Gefahr einer Gesetzesumgehung laufen, dann muß durch die Art des Ausscheidens des Freiwilligen gewährleistet sein, daß dieser nach erfolgtem Ausschluß des Mitgesellschafters nicht doch Gesellschafter bleibt. Dies geschieht vorzugsweise durch eine Austrittsvereinbarung zwischen den fortsetzungswilligen Gesellschaftern und dem zum freiwilligen Ausscheiden entschlossenen Gesellschafter⁶⁵⁾.

Durchgreifende Bedenken gegen die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung im Hinblick darauf, daß der auf Ausschluß verklagte Gesellschafter nicht daran beteiligt ist, bestehen nicht. Bis zu seinem rechtskräftigen Ausschluß ist er zwar Mitglied der Gesellschaft und müßte also an einer vertraglichen Veränderung ihrer Grundlagen durch Änderung ihrer personellen Zusammensetzung teilnehmen. Die Vereinbarung des freiwilligen Ausscheidens eines Gesellschafters erfolgt jedoch aufschiebend bedingt durch die Rechtskraft des Ausschlußurteils gegen den Mitgesellschafter. Erst zum Zeitpunkt der Rechtskraft dieses Ausschlußurteils scheidet der Gesellschafter, der sich dazu vertraglich verpflichtet hat, aus der Gesellschaft aus. Die vertragliche Vereinbarung bezieht sich also gar nicht auf die gegenwärtigen Grundlagen der Gesellschaft, sondern auf die Gesellschaft nach dem rechtskräftigen Ausschlußurteil⁶⁶⁾. In dieser Gesellschaft ist der Ausgeschlossene aber nicht mehr Mitglied, so daß er an der sich darauf

65) RGZ 146 S. 169 (175).

66) Vgl. RGZ a.a.O.

beziehenden Vereinbarung zwischen den fortsetzungswilligen Gesellschaftern und dem Ausscheidenden nicht beteiligt werden braucht. Ihm fehlt jede Verfügungsbefugnis über den durch die Vereinbarung geregelten Gegenstand⁶⁷⁾.

Grundsätzliche Bedenken gegen die Möglichkeit des vertraglichen Ausscheidens eines Gesellschafters bestehen ebenfalls nicht, sieht man einmal von denkbaren gesellschaftsvertraglich vereinbarten Erschwernissen ab⁶⁸⁾. Insbesondere besteht kein derartiges öffentliches Interesse an der personellen Zusammensetzung einer Personengesellschaft, daß diese auch dann im *K l a g e w e g e* geändert werden müßte, wenn über die Änderung zwischen den Beteiligten Einigkeit besteht. § 140 HGB gibt den Gesellschaftern im Interesse der Rechtsklarheit die *M ö g l i c h k e i t*, personelle Veränderungen durch gerichtliches Urteil herbeizuführen. Ein öffentliches Interesse daran, daß eine Veränderung der Zusammensetzung einer Gesellschaft *n u r* durch Urteil erfolgen kann, besteht nicht. Schutzwerten Interessen Dritter wird bei Rechtsunsicherheiten über die Wirksamkeit einer privatrechtlichen Änderung der Zusammensetzung der Gesellschaft namentlich durch § 15 HGB Rechnung getragen⁶⁹⁾.

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß die Folgen für den freiwillig ausscheidenden Gesellschafter wie für den Ausgeschlossenen grundsätzlich die gleichen sein müssen⁷⁰⁾. Abweichende vertragliche Vereinbarungen sind jedoch denkbar; etwa eine Erhöhung des Abfindungsanspruchs als Prämie für freiwilliges Ausscheiden.

67) Vgl. Weipert, RGRK-HGB § 140 Anm. 20.

68) Vgl. dazu RGZ a.a.O. S. 175.

69) So BGHZ 31 S. 295 (300) zur Zulassung eines Gesellschafterausschlusses durch Beschluß; vgl. dazu ausführlich unten S. 182.

70) Weipert, RGRK-HGB § 140 Anm. 20.

III. Das bindende Einverständnis mit der Klage

Eine weitere Ausnahme von dem Erfordernis eines Ausschlußantrags aller übrigen Gesellschafter wird für den Fall diskutiert, daß ein Gesellschafter sich mit der Ausschlußklage gegen seinen Mitgesellschafter einverstanden erklärt⁷¹⁾.

1. Der Wortlaut des § 140 HGB

Die Zulassung einer solchen Ausnahme ist im Hinblick auf die nach dem Wortlaut des § 140 HGB prozessuale Natur des Antragserfordernisses⁷²⁾ nicht unproblematisch. Es besteht jedoch im Einzelfall für einen Gesellschafter durchaus ein Bedürfnis, nicht in dem Ausschlußverfahren gegen seinen Mitgesellschafter aufzutreten. Bei engen freundschaftlichen oder verwandtschaftlichen Beziehungen zu dem Auszuschließenden ist dem Gesellschafter zum Beispiel ein offenes Auftreten im Prozeß nur schwerlich zuzumuten. Dies würde regelmäßig als "feindlicher Akt"⁷³⁾

71) Mit jeweils unterschiedlichen konstruktiven Lösungsversuchen: Erman, Festschrift Möhring I S. 3 (6); H. Westermann, Handbuch I Rdn. 220; Serwe S. 132ff; vgl. auch H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit S. 224ff. Unter verallgemeinerndem Hinweis auf RGZ 146 S. 169: BGH LM Nr. 3 zu § 133 (obiter dictum); Fischer, NJW 1959 S. 1057 (1059); Baumbach-Duden § 140 Anm. 37. In engen Grenzen auch A. Hueck, OHG § 10 VII, 4 S. 149 Fn. 92 und ders., ZGR 1972 S. 237 (247). Ablehnend: Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 140 Anm. 7; Schlegelberger-Geßler § 140 Anm. 10, der allerdings zu § 117 ohne ersichtlichen Grund anders entscheidet, vgl. § 117 Anm. 6; OLG Nürnberg WM 1958 S. 710 = BB 1958 S. 1001; Ulmer, Festschrift Geßler a.a.O. S. 276ff. (279); ders. in Großkomm. HGB § 140 Anm. 32.

72) Vgl. dazu statt aller Ulmer, Festschrift Geßler a.a.O. S. 277 und schon Breit, JR 1926 Sp. 761, Fortsetzung Sp. 857 (862).

73) A. Hueck, OHG § 10 VII, 4 S. 149 Fn. 92; ders., ZGR 1972 S. 237 (247).

empfundene und auch dann zu einer dauerhaften Störung der Beziehung führen, wenn die Ausschlußklage abgewiesen würde.

Es fragt sich daher, ob und wie diesem Bedürfnis Rechnung getragen werden kann, ohne daß dadurch die Normzwecke des § 140 HGB, die zu dem Erfordernis eines Ausschlußantrags aller übrigen Gesellschafter geführt haben, verletzt werden.

2. Die vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeiten

In der Literatur werden in diesem Zusammenhang drei Lösungsmöglichkeiten vorgeschlagen⁷⁴⁾.

Zunächst wird ganz allgemein behauptet, daß die verbindliche **E i n w i l l i g u n g** des nicht mitwirkenden Gesellschafters, sein Einverständnis mit dem Ausschluß, ausreiche⁷⁵⁾.

Außerdem soll die **B e v o l l m ä c h t i g u n g** eines oder aller übrigen Gesellschafter genügen, die Klage auch im Namen des nicht aktiv Mitwirkenden zu erheben⁷⁶⁾.

Schließlich wird eine **E r m ä c h t i g u n g** der übrigen Gesellschafter zur Durchführung der Abberufungsklage im Wege "einer Art gewillkürter Prozeßstandschaft" vorgeschlagen⁷⁷⁾.

Insbessondere die Auffassung, die allgemein die Einwill-

74) Vgl. dazu die Übersicht bei H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit S. 224.

75) Fischer, NJW 1959 S. 1057 (1059) und unter Berufung auf ihn Schlegelberger-Geßler § 117 Anm. 6 (anders § 140 Anm. 10); in engen Grenzen A. Hueck, OHG a.a.O. und ders., ZGR 1972 S. 237 (247).

76) Erman, Festschrift Möhring I S. 3 (6).

77) H. Westermann, Handbuch I Rdn. 220, 414; ihm folgend Kollhosser, NJW 1976 S. 144; Serwe S. 132; jetzt auch BGHZ 68 S. 81 = NJW 1977 S. 1013 am Rande.

ligung in das Klageziel ausreichen läßt, beruft sich dabei⁷⁸⁾ auf eine Entscheidung des Reichsgerichts⁷⁹⁾ und ein obiter dictum des BGH⁸⁰⁾, in dem die von der Literatur übernommene erhebliche Verallgemeinerung⁸¹⁾ dieser Reichsgerichtsentscheidung ihren Ausgang nimmt.

Das Reichsgericht hatte damals einen Sachverhalt zu entscheiden, in dem einer von mehreren Gesellschaftern das Vorhandensein eines wichtigen Grundes in seiner Person anerkannt, in seine Ausschließung eingewilligt und sich zum Ausscheiden gleichzeitig mit dem Beklagten verpflichtet hatte⁸²⁾.

Nur für diesen Sonderfall hat es auf eine Klageerhebung des freiwillig ausscheidenden Gesellschafters verzichtet⁸³⁾. Eine Einwilligung in die Ausschließung des Mitgesellschafters sollte nach der Auffassung des Reichsgerichts - jedenfalls in dem dort behandelten Sonderfall - nicht ausreichen⁸⁴⁾.

3. Die Doppelwirkung der Einverständniserklärung

Zur Untersuchung der vorgeschlagenen Lösungen und um terminologischen Mißverständnissen vorzubeugen⁸⁵⁾, sollte man die allgemein als "bindendes Einverständnis mit dem Klage-

78) Insbes. Fischer a.a.O. Fn. 75; vgl. auch Serwe a.a.O.; eine Ausnahme macht insoweit nur A. Hueck a.a.O. Fn. 75.

79) RGZ 146 S. 169.

80) BGH LM Nr. 3 zu § 133 HGB = NJW 1958 S. 418 = BB 1958 S. 213 = JZ 1958 S. 406 = MDR 1958 S. 218 = DB 1958 S. 159.

81) So auch Ulmer, Festschrift Geßler S. 269 (276 Fn. 33) und oben S. 47.

82) RGZ a.a.O.

83) Vgl. dazu schon oben S. 47.

84) RGZ a.a.O. S. 174.

85) Vgl. Serwe S. 132 und 134 sowie dazu H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit S. 226 Fn. 69.

ziel" zu bezeichnende Erklärung in ihre materiellen und prozessual wirkenden Bestandteile zerlegen.

Das Einverständnis enthält einmal die materiellrechtliche Erklärung des Gesellschafters, daß er mit dem Ausschluß des Mitgesellschafters einverstanden ist, also in eine Fortsetzung der Gesellschaft ohne diesen Gesellschafter einwilligt. Weiterhin enthält es die prozessual wirkende Erklärung, daß die übrigen Gesellschafter das Ausschlußverfahren für ihn mit durchführen sollen. Wie das im einzelnen zu geschehen hat, wird zu untersuchen sein.

4. Die Einwilligung in die Ausschließung des Mitgesellschafters

Die bloß materiellrechtlich im Innenverhältnis wirkende Einwilligung eines Gesellschafters in die beabsichtigte Umgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses durch Ausschluß eines Mitgesellschafters ändert nichts an der Notwendigkeit seiner Mitwirkung im Verfahren.

Sie sichert zwar ausreichend die Fortsetzungsbereitschaft des einwilligenden Gesellschafters, und dieser ist damit auch interessengerecht an der gemeinschaftsrechtlichen Ausschlußbefugnis beteiligt. Der lediglich einwilligende Gesellschafter wird jedoch nicht in die Rechtskraftwirkung des Ausschlußurteils einbezogen⁸⁶⁾. Diese Einbeziehung ist jedoch - anders als bei dem sich zum freiwilligen Ausscheiden verpflichtenden Gesellschafter⁸⁷⁾ - erforderlich. Der in den Ausschluß seines Mitgesellschafters einwilligende Gesellschafter setzt die Gesellschaft mit den übrigen fort. Auch ihm gegenüber muß daher neben der ihn ohnehin treffenden Gestaltungswirkung verbindlich festgestellt werden, daß die Gestaltung zu Recht erfolgt⁸⁸⁾

86) So ist auch wohl Serwe S. 132, 134 zu verstehen; vgl. auch Schramm S. 47; vgl. insges. Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 325 VI, 3b.

87) Dazu oben S. 52.

88) S. o. S. 20.

oder aber unterblieben ist⁸⁹⁾. Hinzu kommt, daß der wichtige Grund in der Person des Auszuschließenden im Verhältnis zu allen fortsetzungswilligen Gesellschaftern⁹⁰⁾ festgestellt werden muß⁹¹⁾. Dies ist nur möglich, wenn der Einwilligende auch in das **V e r f a h r e n** einbezogen ist. Nur dann kann der Auszuschließende auch Verfehlungen dieses Gesellschafters mit Erfolg rügen, weil dann auch aus dessen Rechtsposition die Klage betrieben wird⁹²⁾.

5. Die Bevollmächtigung der klagenden Gesellschafter durch den an der Klage nicht teilnehmenden

Nun versteckt sich in dem Einverständnis mit dem Klageziel aber regelmäßig auch die Erklärung, daß die klagenden Gesellschafter den zu diesem Ziel führenden Prozeß auch im Interesse des nicht als Kläger auftretenden Gesellschafters betreiben sollen⁹³⁾.

Dieser prozessual wirkende Teil des Einverständnisses kann einmal eine Bevollmächtigung der klagenden Gesellschafter zur Prozeßführung darstellen. Derjenige Gesellschafter, der am Ausschlußverfahren nicht aktiv teilnehmen will, erteilt dem oder den übrigen Gesellschaftern eine Vollmacht zur Durchführung der Ausschlußklage auch in seinem Namen. Alle dem Auszuschließenden gegenüberstehenden Gesellschafter werden damit Kläger, tätig wird nur einer oder einige von ihnen⁹⁴⁾.

Eine Ausnahme von der notwendigen Teilnahme aller Ge-

89) Unklar ist, warum Serwe S. 130 die von ihm als "Zustimmung" bezeichnete Einwilligung nur bei Klageabweisung für fruchtlos hält.

90) Vgl. den Unterschied beim freiwillig ausscheidenden Gesellschafter oben S. 54.

91) S.o. S. 24.

92) Vgl. oben S. 25 und Serwe S. 134.

93) S. o. S. 60 und Stein-Jonas-Pohle vor § 50 Anm. II, 7.

94) Erman Festschrift Möhring I S. 3 (7).

sellschafter an der Klage nach § 140 HGB liegt somit gar nicht vor. Da der Bevollmächtigende ebenfalls Kläger ist, wird er selbstverständlich in die Rechtskraft des Urteils einbezogen. Durch die Vollmachtserteilung übt er die gemeinschaftsrechtliche Ausschlußbefugnis aus und demonstriert damit zugleich seine Fortsetzungsbereitschaft. Er genießt durch seine Vertreter rechtliches Gehör im Verfahren, und ein Fehlverhalten in seiner Person kann bei der Feststellung des wichtigen Grundes in der Person des Auszuschließenden abwägend berücksichtigt werden.

Die Bevollmächtigung führt auch nicht zu Unsicherheiten in der praktischen Verfahrensdurchführung. Sie ist Prozeßvollmacht und sachlich rechtliche Vollmacht zugleich⁹⁵⁾. Als solche ist sie grundsätzlich frei widerruflich⁹⁶⁾. Hier besteht jedoch ein berechtigtes Interesse auch der bevollmächtigten Gesellschafter an der Vollmacht⁹⁷⁾, weil sie zur Erhebung der Ausschlußklage ohne den Bevollmächtigenden nicht verfügbefugt sind⁹⁸⁾. Ein Widerruf der Vollmacht kommt daher nur aus wichtigem Grund in Betracht⁹⁹⁾. Ist er der erste Schritt zu einem Rückzug des bevollmächtigenden Gesellschafters aus dem Verfahren überhaupt, so richtet sich eine solche Klagerücknahme nach den dazu entwickelten Grundsätzen¹⁰⁰⁾. Sie ist unzulässig, wenn der sie erklärende Gesellschafter zu einer Mitwirkung an der Ausschlußklage verpflichtet sein sollte¹⁰¹⁾.

95) Zu diesem Nebeneinander vgl. Baumbach-Hartmann § 80 Anm. 1B.

96) Vgl. dazu Palandt-Heinrichs § 168 Anm. 2; Baumbach-Hartmann § 87 Anm. 1.

97) Vgl. zu dieser Differenzierung Palandt-Heinrichs § 168 Anm. 2.

98) Vgl. zur Interessenbewertung im einzelnen unten S. 65. und auch S. 199.

99) So auch Erman, Festschrift Möhring I S. 3 (8).

100) S. o. S. 32.

101) S. o. S. 33.

6. Die Ermächtigung der klagenden Gesellschafter durch den nicht an der Klage teilnehmenden

Der prozessual wirkende Teil des Einverständnisses mit der Ausschlußklage kann andererseits auch eine Ermächtigung der klagenden Gesellschafter durch den passiv bleibenden Gesellschafter sein, die Ausschlußklage im Wege der gewillkürten Prozeßstandschaft auch für ihn zu betreiben¹⁰²⁾.

a. Die Zulässigkeit der gewillkürten Prozeßstandschaft bei Gestaltungsklagen

Die Befugnis, aufgrund einer Ermächtigung des Rechtsträgers ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend zu machen, ist heute im Grundsatz als sogenannte gewillkürte Prozeßstandschaft anerkannt¹⁰³⁾. Umstritten ist die Zulässigkeit dieses Instituts allerdings noch bei den hier in Frage stehenden Gestaltungsklagen. Während die herrschende Auffassung¹⁰⁴⁾ eine gewillkürte Prozeßstandschaft auch bei Gestaltungsklagen zuläßt, lehnt eine Mindermeinung¹⁰⁵⁾ dies ab. Das wesentliche Bedenken der Mindermeinung gegen die Zulassung der gewillkürten Prozeßstandschaft bei der Gestaltungsklage ergibt sich aus dem Ausgangspunkt dieser Auffassung, wonach dem Gestaltungsantrag kein materielles

102) Vgl. Stein-Jonas-Pohle vor § 50 Anm. II, 7.

103) Vgl. statt vieler Stein-Jonas-Pohle a.a.O.

104) Vgl. etwa Stein-Jonas-Pohle a.a.O.; Henckel S. 114, 115; Dommnich, NJW 1954 S. 1589; LG Göttingen NdsRpfl. 1948 S. 177; LG Frankfurt, NJW 1952 S. 827; LG Braunschweig NdsRpfl. 1952 S. 166; LG Koblenz, NJW 1955 S. 955; LG Bad Kreuznach, NJW 1955 S. 950; mit zustimmender Anmerkung von Bettermann.

105) So vor allem Roquette, DRZ 1949 S. 481 (483); vgl. auch LG Hannover NdsRpfl. 1948 S. 245.

Recht auf Gestaltung zugrunde liegt¹⁰⁶⁾. Die gewillkürte Prozeßstandschaft könne also nicht wie bei den Leistungsklagen aus der Zustimmung zur Prozeßführung über das eingeklagte Recht hergeleitet werden¹⁰⁷⁾.

Auch wenn man mit dieser Mindermeinung vom Fehlen eines Gestaltungsrechts, über das verfügt werden könnte, ausgeht, folgt daraus jedoch nicht auch die Unmöglichkeit einer Klageermächtigung.

Es ist festgestellt worden, daß das Ausschlußurteil verfügende Wirkung gegenüber allen Gesellschaftern zeitigt und die Prozeßführung deshalb nur allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht¹⁰⁸⁾. Auch bei dieser Gestaltungs-klage ist daher grundsätzlich eine Trennung von materiell-rechtlicher Legitimation und prozessualer Klagebefugnis möglich¹⁰⁹⁾.

b. Die Voraussetzungen der gewillkürten Prozeßstandschaft

Ist damit die Zulässigkeit der gewillkürten Prozeßstandschaft im Grundsatz auch für derartige Gestaltungs-klagen festgestellt, so bleiben die Voraussetzungen dieses Instituts im Hinblick auf die Ausschlußklage zu untersuchen. Es sind dies ein rechtliches Interesse des oder der Ermächtigten an der Prozeßführung im eigenen Namen¹¹⁰⁾ sowie die Einräumung der materiellen Verfügungsbefugnis über die Gestaltungs-klagebefugnis¹¹¹⁾.

106) Vgl. zu dieser Streitfrage Henckel S. 31ff und Böttcher, Festschrift Dölle S. 41ff (54).

107) Roquette, DRZ 1949 S. 481 (483).

108) S. o. S. 21.

109) Vgl. Henckel S. 115 am Beispiel der Mietaufhebungs-klage.

110) Statt aller: Stein-Jonas-Pohle vor § 50 Anm. II, 7.

111) Vgl. Rosenberg-Schwab, § 46 III, 1 S. 228. Speziell zu dieser Möglichkeit bei der Gestaltungs-klage Henckel S. 115 und oben Fn. 106.

aa. Das rechtliche Interesse des Ermächtigten

Das für die gewillkürte Prozeßstandschaft geforderte eigene Interesse des oder der ermächtigten Kläger wird schon deshalb bejaht, weil sie als Gesellschafter an der erfolgreichen Durchführung der Ausschußklage interessiert seien¹¹²⁾. Damit ist ihr eigenes Interesse, gerade als **P r o z e ß s t a n d s c h a f t e r** für den Mitgesellschafter zu klagen, sicher für den Regelstreitfall nachgewiesen, daß dieser sich andernfalls weigert, überhaupt an der Klage teilzunehmen. In diesem Fall wäre das Klagevorhaben sonst unmöglich oder doch erheblich erschwert, je nachdem, ob man eine Mitwirkungspflicht des unwilligen Mitgesellschafters annimmt.

Etwas zweifelhafter ist dieses spezifische Interesse aber in dem weniger pathologischen Fall, wo der Mitgesellschafter zwar grundsätzlich klagewillig ist, aber aufgrund seiner engen persönlichen Beziehung zu dem Ausschließenden nach einem Weg sucht, nicht offen als Kläger gegen diesen auftreten zu müssen¹¹³⁾. Hier dient die gewillkürte Prozeßstandschaft in erster Linie dem Interesse des **e r m ä c h t i g e n d e n** Gesellschafters daran, den Prozeß **n i c h t** zu führen, und weniger dem Interesse der Ermächtigten an seiner alleinigen Führung im eigenen Namen. Auch in diesem Fall ist die gewillkürte Prozeßstandschaft jedoch zuzulassen. Der Sprung von dem bloßen Interesse eines Gesellschafters, möglichst nicht als Kläger in Erscheinung zu treten, zu der damit verbundenen Weigerung, andernfalls an der Klage überhaupt nicht teilzunehmen, ist nicht sehr weit. Zwischen den Interessen des Ermächtigenden und der Ermächtigten besteht also eine enge Abhängigkeit. Deshalb ist das geforderte rechtliche Interesse der Ermächtigten in wei-

112) Ulmer, Festschrift Geßler S. 269 (279).

113) Vgl. dazu schon oben S. 57.

ter Auslegung auch für den Fall anzunehmen, wo in erster Linie der Ermächtigende daran interessiert ist, im Prozeß nicht als Kläger zu erscheinen¹¹⁴⁾.

bb. Die Einräumung der materiellen Verfügungsbefugnis

Für die gewillkürte Prozeßstandschaft wird weiter die Einräumung materieller Verfügungsbefugnis über das eingeklagte Recht gefordert¹¹⁵⁾. Die zu diesem Erfordernis führende Überlegung war, daß dort, wo eine Verfügung möglich ist, auch eine Klageermächtigung erteilt werden kann.

Ulmer¹¹⁶⁾, der sich soweit ersichtlich, als einziger bei der Ausschußklage näher mit dieser Frage befaßt, meint nun, daß der höchstpersönliche Charakter von Mitgliedschaftsrechten einer Übertragung des Gestaltungsklagerrechts entgegenstehe. Dies müsse - zum Schutz der Mitgesellschafter - auch angesichts der damit verbundenen Erschwerung der Ausschußklage gelten. Eine gewillkürte Prozeßstandschaft sei daher nur bei entsprechender Vereinbarung aller Gesellschafter, einschließlich des Beklagten, zulässig.

In der Tat wird unter Hinweis auf die Höchstpersönlichkeit von Mitgliedschaftsrechten¹¹⁷⁾ deren Übertragbarkeit grundsätzlich verneint (§§ 399, 717 BGB). Dieser

114) Vgl. allgemein dazu Stein-Jonas-Pohle vor § 50 Anm. II, 7.

115) Vgl. statt aller Rosenberg-Schwab § 46 III, 1 S. 228; vgl. zu der Streitfrage eines Gestaltungsrechts oben Fn. 106.

116) Ulmer, Festschrift Geßler a.a.O.; ders. in Großkomm. HGB, § 140 Anm. 32; Nickel, JuS 1977 S. 14 (18) will ihm anscheinend folgen; gegen Ulmer ausdrücklich Pabst S. 166 Fn. 2.

117) Vgl. insgesamt zur Übertragbarkeit von Mitgliedschaftsrechten Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten, hier insbes. § 12 S. 274ff.

Grundsatz gilt auch für die Übertragung zur Ausübung¹¹⁸⁾. Mitgliedschaftsrechte sind regelmäßig so eng mit der Person ihres Inhabers verknüpft, daß sie gerade in einer Personengesellschaft mit ihrem Inhaber auch ihren Charakter wechseln.

Der Bundesgerichtshof¹¹⁹⁾ hat die sich hinter dem Schlagwort von der Höchstpersönlichkeit eines Mitgliedschaftsrechts verbergende Überlegung einmal folgendermaßen zum Ausdruck gebracht: "Mit der Einmaligkeit und Besonderheit eines (Gesellschafts-) Verhältnisses ist es grundsätzlich nicht vereinbar, daß die aus der persönlichen Mitgliedschaft sich ergebenden Herrschafts- und Verwaltungsrechte von einem anderen als dem Mitglied selbst als eigene Rechte, d.h., aufgrund eigener Verantwortung und Willensbestimmung und nach eigenen Interessengesichtspunkten ausgeübt werden."

Nun entspringt die Annahme der Höchstpersönlichkeit von Mitgliedschaftsrechten und ihre daraus gefolgerte Unübertragbarkeit nicht schon ohne weiteres dem Wesen von Gesamthand und Mitgliedschaft¹²⁰⁾, wie dies andere Formulierungen des BGH nahelegen¹²¹⁾. Will man eine Rechtsfolge ohne nähere Begründung aus dem Wesen eines Rechtsinstituts ableiten, so kann dies höchstens dann gelingen, wenn die behauptete Rechtsfolge evident ist. Daß aber der Gesellschaft die Höchstpersönlichkeit und damit Unübertragbarkeit aller Mitgliedschaftsrechte auf der Stirn geschrieben steht, wird man schwerlich behaupten können.

Die mit Hinweis auf ihre Höchstpersönlichkeit verhinderte Trennung einzelner Mitgliedschaftsrechte von der

118) Statt aller: Palandt-Heinrichs § 399 Anm. 2b, 5.

119) BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB = JR 1954 S. 59.

120) Wiedemann S. 279.

121) Vgl. insbes. BGHZ 3 S. 354 (357) das Stimmrecht betreffend.

Person ihres Inhabers rechtfertigt sich vielmehr nur aus dem Interesse der Gesellschafter selbst¹²²⁾. Nicht alle Mitgliedschaftsrechte sind daher höchstpersönlicher Natur¹²³⁾. Wo ein solches Interesse der Gesellschafter fehlt¹²⁴⁾, sieht das Gesetz selbst Ausnahmen vom Grundsatz der Unübertragbarkeit solcher Mitgliedschaftsrechte vor (§ 717 Satz 2 BGB).

Bei dem Gestaltungsklagerecht aus § 140 HGB ist kein Gesellschafter an einer Identität von Inhaberschaft und Ausübung interessiert. Der Hinweis, seine Höchstpersönlichkeit hindere eine Übertragung zur Ausübung, geht daher fehl. Ausübung der Ausschlußbefugnis kann hier nur *D u r c h f ü h r u n g* der Ausschlußklage durch einen Teil der Gesellschafter auch für einen anderen bedeuten und nicht auch Entscheidung über die Erhebung der Klage selbst. Nur hinsichtlich dieses "ob" der Klageerhebung aber besteht ein schutzwürdiges Interesse vornehmlich des Auszuschließenden an einer *p e r s ö n l i c h e n* Entscheidung jedes einzelnen Gesellschafters¹²⁵⁾. Ist diese Entscheidung einmal getroffen und ermächtigt der Gesellschafter dann seine Mitgesellschafter, die Klage als Prozeßstandsschafter auch für ihn zu führen, so tritt eine Interessenbeeinträchtigung durch das "wie" der Ausschlußklage nicht mehr ein. Die Gesellschafter sind zwar grundsätzlich daran interessiert, daß die Mitgliedschaftsrechte von ihren Mitgesellschaftern selbst ausgeübt werden, weil sie deren Charakter, Initiative und Geschäftserfahrung kennen und deshalb auf ihre Ent-

122) Vgl. in anderem Zusammenhang A. Hueck, OHG § 27 S. 398; RGZ 123 S. 300.

123) Dies gilt eben nur "grundsätzlich": vgl. BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB.

124) Wo "der Gesellschaftszweck es nicht erfordert", wie Palandt-Thomas § 717 Anm. 2 ausführt.

125) Vgl. dazu oben S. 13.

scheidung vertrauen können. Dieses Interesse wird bei der Durchführung einer Ausschlußklage durch einen Teil der Gesellschafter, die gleichzeitig Prozeßstandsschafter für den nicht aktiv teilnehmenden Gesellschafter sind, jedoch nicht beeinträchtigt. Die nach Klageerhebung und im weiteren Prozeßverlauf denkbaren Gefahren einer Inkongruenz von Rechtsinhaberschaft und Ausübung werden bereits dadurch fast vollständig beseitigt, daß die Prozeßstandsschafter ebenfalls Gesellschafter und nicht lediglich unbeteiligte Dritte sind¹²⁶⁾. Sie haben das Interesse des Verbandes im Auge und berücksichtigen aufgrund des Innenverhältnisses auch die Belange des Ermächtigenden. Dadurch entfällt die sonst gegen die Rechtsausübung durch Dritte vorgebrachte Gefahr, daß diese Einblick in die Interna der Gesellschaft nehmen und dadurch zum Beispiel Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft gefährden könnten¹²⁷⁾.

Schon bei der Prüfung des für die gewillkürte Prozeßstandsschaft erforderlichen Interesses der ermächtigten Gesellschafter ist festgestellt worden, daß ihnen diese Art und Weise der Klageerhebung erwünscht ist¹²⁸⁾. Dieses Interesse anerkennt auch Ulmer¹²⁹⁾. Wenn er gleichwohl meint, der Schutz der Mitgesellschafter erfordere die Identität von Inhaberschaft und Ausübung der Ausschlußbefugnis, so kann damit lediglich der Schutz des auf Ausschluß verklagten Gesellschafters gemeint sein. Dessen Interessen werden aber durch eine Klage, die im Wege der gewillkürten Prozeßstandsschaft betrieben wird, ebenfalls nicht beeinträchtigt. Die im wesentlichen den Schutz des Betroffenen ausmachende freie Entscheidung jedes einzelnen

126) Vgl. zu diesem sonst hervorgehobenen Aspekt in Zusammenhang mit dem Stimmrecht Zöllner § 4 I S. 36.

127) Vgl. dazu Wiedemann S. 280.

128) S. o. S. 65.

129) Ulmer, Festschrift Geßler S. 269 (279).

Gesellschafter über das "ob" der Klageerhebung bleibt bestehen, und da die Prozeßstandschafter auch aus der Rechtsposition des ermächtigenden Gesellschafter klaggen, kann der Beklagte insbesondere auch Verfehlungen dieses Gesellschafter bei der Feststellung des wichtigen Grundes in seiner Person geltend machen¹³⁰⁾.

Ein schutzwertes Interesse der Gesellschafter an einem persönlichen, aktiven Auftreten des Ermächtigenden ist daher insgesamt nicht ersichtlich. Die Ausübung der Ausschlußbefugnis im Wege der gewillkürten Prozeßstandschaft wird also nicht durch eine Höchstpersönlichkeit dieses Gestaltungsrechts behindert¹³¹⁾.

c. Die Zulässigkeit der gewillkürten Prozeßstandschaft im Hinblick auf die übrigen Normzwecke des § 140 HGB

Für die Zulässigkeit der gewillkürten Prozeßstandschaft bei der Ausschlußklage bleibt somit nur noch zu untersuchen, ob diese Ausnahme von dem Erfordernis einer gemeinsamen Klageerhebung aller übrigen Gesellschafter nicht in Widerspruch zu den gesetzgeberischen Gründen für diese Regelung steht.

Die bisherige Untersuchung hat bereits ergeben, daß Bedenken aus der gemeinschaftsrechtlichen Natur der Ausschlußbefugnis nicht bestehen und auch schutzwürdige Interessen der Beteiligten, insbesondere des Auszuschließenden, durch diese Form der Klage nicht beeinträchtigt werden. Die Fortsetzungsbereitschaft auch des ermächtigenden Gesellschafter ist durch seine Ermächtigung ebenfalls hinreichend dokumentiert¹³²⁾. Die Rechtskraft des Ausschlußurteils

130) Serwe S. 135.

131) Gegen eine Höchstpersönlichkeit der Ausschließungsbefugnis im Ergebnis wohl auch RGZ 153 S. 274 (278).

132) Vgl. dazu schon oben S. 60.

schließlich erfaßt auch den ermächtigenden Gesellschafter. In Fällen, in denen ein Rechtsträger einen anderen zur Prozeßführung ermächtigt, muß er auch die Wirkung des gegen diesen ergehenden Urteils hinnehmen¹³³⁾.

Auch unter diesen Gesichtspunkten bestehen daher keine Bedenken gegen die Zulassung der gewillkürten Prozeßstandschaft bei der Ausschlußklage.

7. Die Auslegung der Einverständniserklärung als Ermächtigung oder Bevollmächtigung

Steht damit fest, daß die Einverständniserklärung eines Gesellschafters mit der Ausschlußklage den Erfordernissen des § 140 sowohl in Gestalt der Bevollmächtigung als auch in Gestalt der Ermächtigung genügt, bleibt zu fragen, in welchem Sinne diese Erklärung in der Regel auszulegen ist.

Diese Abgrenzung ist anhand des für die gewillkürte Prozeßstandschaft vorausgesetzten rechtlichen Interesses vorzunehmen, wobei neben dem Interesse der ermächtigten Gesellschafters auch das des ermächtigenden zu berücksichtigen ist¹³⁴⁾.

An diesem Interesse für eine Rechtsverfolgung in Form der außerhalb der ZPO entwickelten gewillkürten Prozeßstandschaft fehlt es, wenn den Beteiligten bereits durch eine Bevollmächtigung zur Prozeßführung gedient ist¹³⁵⁾.

Dem Interesse der übrigen Gesellschafter ist regelmäßig schon mit einer Bevollmächtigung gedient, weil sie dann die Ausschlußklage erfolgreich durchführen können.

Das Interesse des mit der Ausschlußklage einverständenen Gesellschafters geht hingegen regelmäßig dahin, durch

133) Einhellige Auffassung, vgl. statt aller Rosenberg-Schwab § 46 V, 4 S. 232 und Rosenberg, JZ 1952 S.137.

134) S. o. S. 65.

135) Stein-Jonas-Pohle vor § 50 Anm. II, 7.

seine Einverständniserklärung jegliches Auftreten als Kläger zu vermeiden. Das kann aber nur erreicht werden, wenn er nicht durch eine Bevollmächtigung zur klagenden Partei wird, sondern seine Rechtsstellung von den übrigen Gesellschaftern als Prozeßstandschaftern im eigenen Namen wahrgenommen wird.

Daher ist die Einverständniserklärung beim Fehlen besonderer Anhaltspunkte als Ermächtigung zur Prozeßführung auszulegen (gewillkürte Prozeßstandschaft).

§ 3 Die Übertragbarkeit der für die Ausschlußklage gefundenen Ergebnisse auf die Entziehungsklagen (§§ 117, 127 HGB)

I. Die Notwendigkeit einer Verfahrensbeteiligung aller Gesellschafter an den Entziehungsklagen

Auch bei den Entziehungsklagen ist grundsätzlich die Beteiligung aller übrigen Gesellschafter erforderlich.

Dies legt - wie bei § 140 HGB - bereits der Wortlaut der Vorschriften nahe und bestätigt sich bei der Lektüre ihrer historischen Vorgänger. An der Entziehung der Geschäftsführung waren schon nach der Auslegung von Art. 103 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuches für die preussischen Staaten¹⁾, Art. 101 des ADHGB²⁾ und § 115 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuches alle übrigen Gesellschafter zu beteiligen³⁾. Die Möglichkeit einer Entzie-

1) Vgl. Motive S. 58, 59

2) Vgl. dazu Anschütz Art. 101 Anm. 1.

3) Vgl. dazu Mugdan, Materialien S. 260.

hung der Vertretungsmacht gewährte erstmals § 125 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuches⁴⁾. Er wurde bewußt im Hinblick auf die schon bestehende Regelung der BGB geschaffen und ging daher ganz selbstverständlich von einer Teilnahme aller übrigen Gesellschafter an dem Entziehungsverfahren aus⁵⁾.

Auch die Entziehungsurteile müssen in Rechtskraft gegenüber allen Gesellschaftern erwachsen⁶⁾, so daß alle nicht selbst verklagten Gesellschafter als Kläger am Entziehungsprozeß teilnehmen müssen. Wie die Ausschlußbefugnis, so stehen den Gesellschaftern auch die Entziehungsbefugnisse der §§ 117, 127 HGB den Gesellschaftern nur gemeinschaftlich zu; auch aus diesem Grund ist daher ihrer aller Teilnahme an den entsprechenden Verfahren notwendig⁷⁾.

Zur umfassenden Feststellung der Entziehungsgründe ist die Teilnahme aller Gesellschafter an den Klagen aus §§ 117, 127 HGB ebenfalls erforderlich⁸⁾. Nur so kann ihnen allen rechtliches Gehör gewährt werden⁹⁾.

Die klagenden Gesellschafter sind notwendige Streitgenossen¹⁰⁾, so daß die Klage als unzulässig¹¹⁾ zurückzuweisen ist, wenn ein Gesellschafter fehlt oder die Klage später nach § 269 ZPO zurücknimmt¹²⁾.

4) Mugdan a.a.O. S. 266.

5) Vgl. Mugdan a.a.O.

6) Vgl. oben die Ausführungen S. 20.

7) Vgl. oben S. 21 und S. 12.

8) Vgl. oben S. 24.

9) Vgl. oben S. 25.

10) S. o. S. 27.

11) S. o. S. 30ff; anders die nicht begründete Ansicht von Fischer in Großkomm. HGB § 117 Anm. 16, der durch Sachurteil abweisen will.

12) Zu dieser Möglichkeit Fischer a.a.O. Anm. 14 und oben S. 32.

II. Ausnahmen von dem Grundsatz der notwendigen Teilnahme aller Gesellschafter an den Entziehungsklagen

1. Die Entziehungsklage gegen mehrere Gesellschafter in einem Verfahren

Eine Übertragung der bei der Ausschlußklage gefundenen Ergebnisse auf die Frage nach der Zulassung einer gleichzeitigen Entziehungsklage gegen mehrere Geschäftsführer oder Vertreter der Gesellschaft in einem Verfahren ist nicht ohne weiteres möglich.

Die herrschende Auffassung¹³⁾ läßt die gemeinsame Entziehungsklage zu, macht dabei jedoch überwiegend¹⁴⁾ die Einschränkung, daß die Entziehungsgründe zumindest innerlich zusammenhängen müssen. Der Hintergrund für diese zusätzliche Voraussetzung bleibt dabei weitgehend unklar. Zur Begründung der Zulassung der gemeinsamen Entziehungsklage wird auf das praktische Bedürfnis für diese Möglichkeit hingewiesen¹⁵⁾. Haben etwa zwei Geschäftsführer einer KG gemeinsame Unterschlagungen begangen, wird sich wohl kaum einer von ihnen bereit finden, an der Entziehungsklage gegen den anderen mitzuwirken und diese dadurch gänzlich unmöglich machen oder doch erheblich erschweren¹⁶⁾.

13) A. Hueck, OHG § 10 VII, 4 S. 149; Henckel S. 99; Schlegelberger-Geßler § 117 Anm. 6; Gogos S. 68; Fischer in Großkomm. HGB § 117 Anm. 18; ders., NJW 1959 S. 1057 (1059); H. Westermann, Handbuch I Rdn. 219, der diese Ansicht bei zusammenhängenden Gründen als unstr. ansieht; a.A. anscheinend Stein-Jonas-Pohle § 62 Anm. III 1a.

14) Wie Fn. 13 bis auf Fischer a.a.O., der diese Einschränkung nicht macht; Stein-Jonas-Pohle a.a.O. will anscheinend auch unter dieser Voraussetzung die gemeinsame Entziehungsklage nicht zulassen.

15) A. Hueck, OHG § 10 VII, 4 S. 149; Henckel S. 99; Fischer in Großkomm. HGB § 117 Anm. 18; ders., NJW 1959 S. 1059; H. Westermann, Handbuch I Rdn. 219.

16) Letzteres hängt von der Zulassung einer Mitwirkungsklage gegen diesen Gesellschafter ab.

Insoweit stimmt der Hinweis auf die Parallele zur Ausschlußklage¹⁷⁾.

Überprüft man die gemeinsame Entziehungsklage jedoch anhand der Gründe, die zu dem Erfordernis einer Teilnahme aller übrigen Gesellschafter an den Entziehungsklagen geführt haben, so erscheint ihre Zulassung in zweifacher Hinsicht problematisch.

a. Bedenken aus der gemeinschaftsrechtlichen Natur der Entziehungsbefugnis

Bedenken ergeben sich einmal aus der gemeinschaftsrechtlichen Natur der Entziehungsbefugnis. Wie die Ausschlußbefugnis steht auch die Entziehungsbefugnis den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu¹⁸⁾. Bei der Ausschlußklage ist der gleichzeitig auszuschließende Gesellschafter an den personellen Bestand der Gesellschaft nach seinem Ausschluß nicht interessiert. Die verfügungsähnliche Wirkung des Ausschlußurteils gegen seinen Mitgesellschafter betrifft ihn nicht mehr¹⁹⁾. Das ist bei der Entziehungsklage gegen mehrere Gesellschafter anders. Ein Geschäftsführer oder Vertreter, dem diese Befugnis gleichzeitig mit einem anderen Geschäftsführer oder Vertreter entzogen wird, bleibt Gesellschafter. Die verfügungsähnliche Wirkung eines Entziehungsurteils gegen den Mitgesellschafter betrifft also auch ihn, so daß er an der Ausübung der ihm gemeinsam mit den anderen Gesellschaftern zustehenden Entziehungsbefugnis gegenüber dem Mitgesellschafter durchaus interessiert ist.²⁰⁾ An seiner Teilnahme als Kläger an der Entziehungsklage gegen den Mitgesellschafter ist da-

17) Zu den weiteren Übereinstimmungen vgl. zur Vermeidung von Wiederholungen oben S. 35 ff.

18) Vgl. dazu oben S. 21.

19) Vgl. dazu oben S. 38.

20) Vgl. dazu Henckel S. 99.

her unter diesem Aspekt zunächst festzuhalten.

b. Bedenken aus der fehlenden gegenseitigen Rechtskraft der Entziehungsurteile

Weitere Bedenken gegen eine gemeinsame Klage auf Abberufung mehrerer Gesellschafter ergeben sich unter dem Gesichtspunkt der materiellen Rechtskraft.

Im Rahmen der gemeinsamen Ausschlußklage kann auf eine gegenseitige Rechtskraft der Ausschlußurteile verzichtet werden, weil einer von mehreren ausgeschlossenen Gesellschaftern an einer erneuten Überprüfung des Ausschlusses des anderen keinerlei Rechtsschutzinteresse mehr hat, da er selbst nicht mehr Mitglied der Restgesellschaft ist²¹⁾. Auch ihm gegenüber steht damit endgültig fest, daß sein Mitgesellschafter zu Recht ausgeschlossen wurde.

Anders ist dies hier bei der Entziehung von Geschäftsführungs- oder Vertretungsmacht. Die ehemaligen Geschäftsführer bleiben Gesellschafter. Es muß daher sichergestellt sein, daß ihnen gegenüber verbindlich feststeht, daß dem Mitgesellschafter diese Befugnis zu Recht entzogen wurde.

Auch diese Überlegungen scheinen also zunächst eine gemeinsame Entziehungsklage auszuschließen.

c. Überwindung der Bedenken durch das zusätzliche Erfordernis der innerlich zusammenhängenden Entziehungsgründe

Die dargelegten Bedenken gegen eine gemeinsame Entziehungsklage könnten jedoch durch das zusätzliche Erfordernis eines inneren Zusammenhangs der geltend gemachten Entziehungsgründe überwunden werden. Das würde dann auch erklären, warum diese zusätzliche Voraussetzung abwei-

21) Vgl. dazu oben S. 38.

chend von der Ausschlußklage in der Literatur überwiegend²²⁾ gefordert wird.

Ein Interesse des Gesellschafters an der gemeinschaftsrechtlichen Ausübung der Entziehungsbefugnis gegenüber dem ebenfalls auf Abberufung verklagten Mitgesellschaftler kann auch dann nicht geleugnet werden, wenn gegen sie die gleichen Entziehungsgründe geltend gemacht werden. Ob gleiche oder ungleiche Entziehungsgründe, beide verbleiben in der Gesellschaft und sind somit an der weiteren Gestaltung der Geschäftsführung und Vertretung interessiert²³⁾. Es ist jedoch zu fragen, ob dieses Interesse des Gesellschafters an der konkret anstehenden Umgestaltung durch Entziehung der Befugnis des Mitgesellschaftlers bei gleichzeitiger und aus gleichem Grund betriebener Entziehung der eigenen Befugnis auch ein berechtigtes Interesse ist. Dies wird man verneinen müssen. Da die Abberufung des Mitgesellschaftlers aus dem gleichen Grund verfolgt wird wie auch die seine, ist er bei der Entscheidung über die Klageerhebung gegen diesen mittelbar selbst betroffen. An dieser mittelbar auch in eigener Angelegenheit ergehenden Entscheidung beteiligt zu werden, besitzt der Gesellschafter kein berechtigtes Interesse²⁴⁾.

Auf seine Beteiligung an der Abberufungsklage gegen den jeweiligen Mitgesellschaftler kann daher unter dem Gesichtspunkt der gemeinschaftlichen Verfügungsbefugnis über den Klagegegenstand verzichtet werden, wenn gleiche Entziehungsgründe geltend gemacht werden.

22) A. Hueck, OHG § 10 VII, 4 S. 149; Henckel S. 99; Schlegelberger-Geßler § 117 Anm. 6; Gogos S. 68; vgl. auch H. Westermann, Handbuch I Rdn. 219; a.A. Fischer in Großkomm. HGB § 117 Anm. 18; ders., NJW 1959 S. 1057 (1059).

23) Vgl. dazu Henckel S. 99.

24) Dieser Gesichtspunkt rechtfertigte es auch, den in erster Linie Betroffenen nicht an der Entscheidung über seine eigene Abberufung zu beteiligen. Vgl. dazu Zöllner S. 149.

Die Bedenken aus der fehlenden gegenseitigen materiellen Rechtskrafterstreckung der beiden Entziehungsurteile können ebenfalls überwunden werden. Zwar kommt es auch bei verbundenen Abberufungsklagen mit gleichen Entziehungsgründen nicht zu einer gegenseitigen Rechtskrafterstreckung²⁵⁾. Einen Gesellschafter aber, dem aus dem gleichen Grund und im gleichen Verfahren wie seinem Mitgesellschafter die Vertretungsmacht oder Geschäftsführungsbefugnis entzogen wird und der das Urteil gegen sich rechtskräftig werden läßt, fehlt später für eine erneute gerichtliche Überprüfung der Abberufung seines Mitgesellschafters das Rechtsschutzbedürfnis. Er würde durch ein solches Vorgehen mittelbar seine eigene, aus dem gleichen Grund erfolgte Abberufung angreifen. Damit aber setzt er sich zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch²⁶⁾. Er hat seine Abberufung aus besagtem Grund akzeptiert oder akzeptieren müssen, indem er auf Rechtsmitteleinlegung verzichtet hat oder aber der Instanzenzug ausgeschöpft ist. Durch eine erneute gerichtliche Überprüfung der auf dem gleichen Grund beruhenden Abberufung seines Mitgesellschafters würde er das Vertrauen der übrigen Mitgesellschafter in die einmal verbindlich festgestellte Rechtmäßigkeit der Abberufung mißbrauchen und damit gegen den auch im Prozeßrecht geltenden²⁷⁾ Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen.

Widersprüchliche Urteile gegen aus gleichem Grund auf Abberufung verklagte Gesellschafter, die dadurch eintreten könnten, daß nur einer von ihnen Rechtsmittel einlegt, werden ebenfalls vermieden. Die beiden verklagten Gesellschafter sind auch hier notwendige Streitgenossen (§ 62 Abs. 1, 1. Fall ZPO). Formelle Rechtskraft tritt damit in

25) Anderer Auffassung anscheinend Fischer, NJW 1959 S. 1057 (1059) unter Vermischung von Rechtskraft und Gestaltungswirkung; dagegen schon oben S. 15ff.

26) Zum Verbot des venire contra factum proprium vgl. Palandt-Heinrichs § 242 Anm. 4 Be.

27) Palandt-Heinrichs § 242 Anm. 3b.

beiden Prozessen erst ein, wenn keiner der Beteiligten das Urteil mehr anfechten kann²⁸⁾.

Insgesamt ist somit bei gleichen Entziehungsgründen eine gemeinsame Entziehungsklage gegen mehrere Gesellschafter möglich. Ihre Zulässigkeit folgt nicht allein aus einem unumgänglichen²⁹⁾ praktischen Bedürfnis, sondern vor allem aus der ratio der gesetzlichen Regelung. Daher vermögen auch bloße Bedürfnis Gesichtspunkte eine gemeinsame Abberufungsklage bei unterschiedlichen Abberufungsgründen n i c h t zu rechtfertigen.

- d. Zur Möglichkeit der Abberufung mehrerer geschäftsführender oder vertretungsbefugter Gesellschafter durch einen einzelnen

Die Zulassung der gemeinsamen Entziehungsklage kann natürlich dazu führen, daß ein einzelner, von der Geschäftsführung ausgeschlossener Gesellschafter die Abberufung einer Mehrheit gegen deren Willen durchsetzen kann. Das ist für P o h l e genügend Grund zur völligen Ablehnung der gemeinsamen Entziehungsklage³⁰⁾. Ihm kann darin jedoch nicht gefolgt werden. Es ist nicht einsichtig, warum nicht auch ein einzelner, in der Minderheit befindlicher Gesellschafter durch eine solche gemeinsame Entziehungsklage eine Neuregelung der Geschäftsführung oder Vertretung soll erzwingen können. Unzuträglichkeiten, wie P o h l e sie allein wegen der bestehenden Mehrheitsverhältnisse glaubt befürchten zu müssen, werden durch das Erfordernis des wichtigen Entziehungsgrundes verhindert. Es wird häufig so sein, daß der einzelne nicht in der Lage ist, diesen wichtigen Grund gegenüber allen übrigen Gesellschaftern

28) Vgl. dazu die Ausführungen zur Ausschlußklage oben S. 40.

29) H. Westermann, Handbuch I Rdn. 219.

30) Vgl. Stein-Jonas-Pohle § 62 Anm. III, 1b.

nachzuweisen. Man kann jedoch nicht annehmen, daß die Gesellschaftermehrheit die Ordnungsmäßigkeit der bestehenden Regelung der Geschäftsführung oder Vertretung bereits deshalb für sich in Anspruch nehmen darf, weil sie die Mehrheit ist. Wenn der Gesetzgeber in § 142 HGB sogar den Ausschluß mehrerer Gesellschafter durch einen einzelnen im Wege der Übernahmeklage zuläßt, muß ein einzelner grundsätzlich auch die Abberufung einer Mehrheit von Geschäftsführern oder Vertretern durchsetzen können.

Diese Möglichkeit hindert daher eine gemeinsame Entziehungsklage nicht³¹⁾.

2. Die Verpflichtung eines Gesellschafters mit Rechtskraft des Entziehungsurteils gegen einen Mitgesellschafter, eine gleiche Befugnis ebenfalls aufzugeben

Erklärt einer der beiden auf Abberufung in Anspruch genommenen Gesellschafter, bei Erfolg der Klage gegen den Mitgesellschafter seine Befugnis ebenfalls aufgeben zu wollen, so kann auch auf seine Teilnahme an dieser Klage verzichtet werden.

Gegen seine Teilnahme auf der **B e k l a g t e n s e i t e** sprechen - wie bei dem insoweit vergleichbaren Fall der Ausschußklage - bereits prozessuale Überlegungen. Es fehlt am Rechtsschutzbedürfnis der übrigen Gesellschafter für eine Klage gegen den Freiwilligen, dem nicht die Möglichkeit zum Verzicht auf ein Bestreiten des wichtigen Grundes in seiner Person genommen werden darf, zumal er die Möglichkeit hätte, mit der Kostenfolge des § 93 ZPO im ersten Termin anzuerkennen³²⁾.

Auf eine Teilnahme des sich freiwillig zur Aufgabe sei-

31) Zu weiteren Einzelheiten der gemeinsamen Entziehungsklage durch einen einzelnen vgl. die Ausführungen zur Ausschußklage oben S. 45.

32) Vgl. dazu oben S. 48.

ner Befugnis verpflichtenden Gesellschafters kann aber g ä n z l i c h verzichtet werden. Zwar steht auch die Entziehungsbefugnis den übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu, und da der abzubrufende Gesellschafter in der Gesellschaft verbleibt, ist er an ihrer Ausübung gegen einen ebenfalls auf Entziehung in Anspruch genommenen Geschäftsführer oder Vertreter grundsätzlich interessiert. Dennoch kann von seiner Beteiligung als Kläger abgesehen werden, weil er durch die freiwillige Aufgabe seiner Befugnis mit Rechtskraft des Entziehungsurteils gegen seinen Mitgesellschafter dessen und auch seine Abberufung verbindlich akzeptiert. Er verzichtet damit freiwillig - unabhängig von den jeweils geltend gemachten Entziehungsgründen - auf die Ausübung seiner Befugnisse. Er macht seine Stellung als Geschäftsführer oder Vertreter vom Ergebnis der Entziehungsklage gegen seinen Mitbefugten abhängig und verpflichtet sich auf der Grundlage dieses Urteils, in der Gesellschaft weiterzuarbeiten. Daher erfordert auch die fehlende Rechtskrafterstreckung dieses Urteils auf seine Person seine Teilnahme an der Abberufungsklage gegen den Mitgesellschafter nicht. Ein späterer Angriff auf die Abberufung des Mitgesellschafters stellte zugleich den Versuch dar, die Aufgabe der eigenen Befugnis rückgängig zu machen und stände in Widerspruch zu der einstmals abgegebenen Verpflichtungserklärung. Für einen solchen Angriff - etwa in Form einer Klage auf Feststellung -, daß der Abberufene noch Geschäftsführer oder Vertreter sei, fehlt dem freiwillig aus seiner Funktion ausgeschiedenen Gesellschafter daher das Rechtsschutzbedürfnis. Mit seiner damaligen Erklärung hat er sich vertraglich verpflichtet, das rechtskräftige Entziehungsurteil gegen den Mitgesellschaftsführer oder -vertreter hinzunehmen und eine Klagbarkeit insoweit ausgeschlossen³³⁾.

33) Zum vertraglichen Ausschluß der Klagbarkeit vgl. allgemein: RGJW 1930 S. 1062; OLG Frankfurt, NJW 1949 S. 510; offen gelassen BGHZ 9 S. 144; Stein-Jonas-

3. Das bindende Einverständnis mit dem Klageziel

Das bindende Einverständnis eines Gesellschafters mit dem Ziel der Entziehungsklage in Form der gewillkürten Prozeßstandschaft reicht aus für die nach §§ 117, 127 HGB erforderliche Teilnahme an diesen Klagen. Die Rechtslage ist hier ohne weiteres mit derjenigen bei der Ausschlußklage vergleichbar³⁴⁾.

33) (Fortsetzung)

Schumann/Leipold vor § 253 Anm. III, 2; Staudinger-Weber, Einl. L 12 vor § 241; wohl auch Blomeyer § 30 VIII, 2, wenn er Verträge auf Unterlassen von Prozeßhandlungen zuläßt, die im Belieben der Partei stehen.

34) Zur Vermeidung von Wiederholungen wird daher auf die Ausführungen oben S. 57 ff verwiesen.

3. Teil

Besteht eine Pflicht zur Mitwirkung an den Klagen nach §§ 140, 117, 127 HGB?

§ 1 Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Mitwirkungspflicht fehlt

Mit dem in der bisherigen Untersuchung aufgezeigten Erfordernis einer grundsätzlichen Mitwirkung aller übrigen Gesellschafter an den Klagen aus §§ 140, 117 und 127 HGB ist der im folgenden zu untersuchende Konflikt bereits vorprogrammiert. Schätzt einer der übrigen Gesellschafter Person und Verhalten des auf Ausschluß oder Entziehung verklagten Gesellschafters anders ein als seine Mitgesellschafter und weigert er sich deshalb, an der Klage teilzunehmen, so muß diese grundsätzlich scheitern.

Ein denkbare Weg zur Lösung dieses Konflikts unter den Gesellschaftern ist die Anerkennung einer Pflicht des mitwirkungsunwilligen Gesellschafters, unter bestimmten Voraussetzungen an der Ausschluß- oder Entziehungsklage teilzunehmen.

I. Kein Anspruch auf Mitwirkung nach § 114 Abs. 1 HGB

Ein ausdrücklicher gesetzlicher Anspruch der klagewilligen Gesellschafter gegen ihren klageunwilligen Mitgesellschafter auf Mitwirkung besteht nicht.

Ein solcher Anspruch ergibt sich insbesondere nicht aus § 114 Abs. 1 HGB, wonach alle Gesellschafter einer OHG zur Geschäftsführung verpflichtet sind. Der Ausschluß eines Gesellschafters und die Entziehung von Verwaltungsbefugnissen sind keine zum gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes (§ 116 Abs. 1 HGB) gehörenden Maßnahmen, sondern stellen eine Änderung der vertraglichen Grundlagen der Ge-

sellschaft dar¹⁾. Aus eben diesem Grund hat die bisherige Untersuchung ergeben, daß grundsätzlich sämtliche übrigen, und nicht nur die übrigen geschäftsführungsbefugten Gesellschafter, an den Klagen aus §§ 140, 117, 127 HGB teilnehmen müssen. Aus der auf die Regelung der Geschäftsführung beschränkten Vorschrift des § 114 Abs. 1 HGB ergibt sich daher kein Anspruch auf Teilnahme an einer solchen Vertragsänderung

II. Kein Anspruch auf Mitwirkung nach §§ 105 Abs. 2 HGB, 705 BGB

Einen gesetzlich geregelten Mitwirkungsanspruch glaubt K a r g e r in der Zweckförderungspflicht der Gesellschafter gem. § 105 Abs. 2 HGB, 705 BGB gefunden zu haben²⁾.

Wenn er meint, daß "die Gesellschafter von dem nicht genehmigenden Teilhaber die Mitwirkung" "nach §§ 105 II HGB i. Verb. mit § 705 BGB" verlangen können³⁾, so kann ihm jedenfalls insoweit nicht gefolgt werden, als er damit die genannten Vorschriften als a u s d r ü c k l i c h e g e s e t z l i c h e Legitimation eines Mitwirkungsanspruchs ansieht. Inwieweit der Programmsatz⁴⁾ von der Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszwecks angesichts des Umstandes, daß hier eine Vertragsänderung erstrebt wird, überhaupt zur Begründung einer Mitwirkungspflicht herangezogen werden kann, wird noch zu untersuchen sein⁵⁾.

1) Vgl. etwa: A. Hueck, OHG § 10 VII, 4 S. 148; Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275; Fischer in Großkomm. HGB § 114 Anm. 2b.

2) Karger, DJZ 1928 Sp. 1074.

3) Karger a.a.O.

4) Vgl. Serwe S. 23.

5) Vgl. dazu zunächst Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275 (278). Siehe ausführlich unten S. 113.

Ein gesetzlich geregelter Fall der Mitwirkungspflicht an den Klagen aus §§ 140, 117, 127 HGB ergibt sich aus der allgemeinen Zweckförderungspflicht der §§ 105 Abs. 2 HGB, 705 BGB jedenfalls nicht.

§ 2 Die Treuepflicht ist nach herrschender Meinung Rechtsgrundlage eines Anspruchs auf Mitwirkung an den Klagen nach §§ 140, 117, 127 HGB

Die überwiegende Auffassung in der Literatur¹⁾ und die herrschende Meinung in der Rechtsprechung²⁾ hält einen

-
- 1) Fischer, NJW 1954 S. 777 (780); ders., NJW 1959 S. 1057; ders. in Großkomm. HGB § 117 Anm. 15; Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 34; Baumbach-Duden § 140 Anm. 3A, § 117 Anm. 1D; Lehmann-Dietz 3. Aufl. S. 145 u. 181; H. Westermann, Handbuch I Rdn. 414, 220; Weipert, RGRK-HGB § 140 Anm. 15; § 117 Anm. 11 (zur Interpretation dieser Quelle vgl. A. Hueck, OHG § 10 VII, 4 S. 148 Fn. 91); Kohler, NJW 1951 S. 5ff; Zöllner S. 347ff; Schreiber S. 114; Herschel, DJZ 1940 S. 721 (722); Serwe S. 102 zu §§ 117, 127; Nickel JuS 1977 S. 14ff, insbes. S. 17; H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit S. 221ff; für die BGB Gesellschaft Staudinger-Keßler § 712 Anm. 4; anderer Ansicht: Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 117 Anm. 6 und § 140 Anm. 7; Schlegelberger-Geßler § 140 Rdn. 9; § 117 Rdn. 13 und § 127 Rdn. 6; Heymann-Kötter § 117 Anm. 2, § 140 Anm. 4; A. Hueck, OHG § 10 VII, 4 S. 148 und § 29 I S. 443; ders., ZGR 1972 S. 237 (247); ders., Festschrift Hübner S. 72 (87, 88); Schramm S. 70; Lehmann, 2. Aufl. S. 112, 139; Potthoff-Zintzen-Halft S. 192; Gogos S. 68; Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275, insbes. S. 284; ders., Festschrift Bärman S. 533, insbes. S. 540; ders., NJW 1976 S. 144; für die BGB-Gesellschaft wohl auch Staudinger-Keßler § 737 Anm. 26.
- 2) BGHZ 64 S. 253 = JZ 1975 S. 95 mit Anm. Ulmer S. 97 = NJW 75 S. 1410 mit Anm. Kollhosser in NJW 1976 S. 144 = BB 1975 S. 896 = DB 1975 S. 1408 = MDR 1975 S. 822 = WM 1975 S. 774; bestätigt von BGHZ 68 S. 81 = BGH BB 1977 S. 615 = WM 1977 S. 500 = NJW 1977 S. 1013 mit

teilnahmeunwilligen Gesellschafter aufgrund der Treuepflicht ausnahmsweise für verpflichtet, an der Ausschluß- und den Entziehungsklagen mitzuwirken, wenn ihm dies unter Berücksichtigung seiner Belange z u m u t b a r ist und es im Hinblick auf das bestehende Gesellschaftsverhältnis e r f o r d e r l i c h erscheint.

Der Ausschluß eines Gesellschafters und die Entziehung von Verwaltungsbefugnissen ist als Sonderfall der Gesellschaftsvertragsänderung eingebettet in den allgemeinen Streit um die Pflicht zur Mitwirkung an der Veränderung von Gesellschaftsverträgen. Der Meinungsstand des hier behandelten Sonderproblems spiegelt sich demgemäß im Meinungsstreit um diese allgemeine Problematik wieder. Die Argumentation überschneidet sich vielfach, und nur selten findet sich daher im Ergebnis eine unterschiedliche Behandlung der beiden Problemkreise durch einen Autor³⁾. Auch hinsichtlich der allgemeinen Frage einer Mitwirkungspflicht an der Veränderung eines Gesellschaftsvertrages ist ganz herrschende Auffassung, daß ein Gesellschafter a u s n a h m s w e i s e dann zur Mitwirkung verpflichtet ist, wenn ihm die Änderung z u m u t b a r ist und sie mit Rücksicht auf das bestehende Gesellschaftsverhält-

2) (Forts.)

Anm. Haarmann/Holtkamp in NJW 1977 S. 1396 = DB 1977 S. 857 = MDR 1977 S. 560 = JuS 1977 S. 686; bei der BGB-Gesellschaft hielt RGZ 162 S. 388 (insbes. S. 395ff) = DR 1940 S. 721 im Rahmen einer späteren Schadensersatzklage eine Mitwirkungspflicht grundsätzlich für möglich, verwies aber zurück. Zu diesem Urteil Herschel, DR 1940 S. 721 und kritisch vor allem Kollhosser, Festschrift Bärmann a.a.O. S. 551; offen gelassen OLG Köln BB 1977 S. 464 (465); abweichend wohl OLG Nürnberg WM 1958 S. 710 (712) = BB 1958 S. 1001 für die Ausschlußklage.

- 3) Eine ausdrückliche Ausnahme macht lediglich Hueck, der nur hinsichtlich §§ 140, 117, 127 HGB bei seiner Ablehnung einer Mitwirkungspflicht geblieben ist. Vgl. zuletzt, ZGR 1972 a.a.O. S. 247; andeutungsweise auch H.P. Westermann, Festschrift Hefermehl S. 225 (23) Fn. 16; Flume, Gesellschaftsrecht, § 15 III, S. 274 will in Einzelfällen die Mitwirkungspflicht bei den Einziehungsklagen anders als bei der Ausschlußklage zulassen.

nis oder die bestehenden Rechtsbeziehungen der Gesellschaft untereinander dringend erforderlich erscheint.

Konnte man diese in einer langen obergerichtlichen Rechtsprechung entwickelte⁴⁾ und von der herrschenden An-

-
- 4) RGZ 82 S. 360; RGJW 1924 S. 671; RGZ 162 S. 388 = JW 1940 S. 721; RGZ 169 S. 153; BGH LM Nr. 8 zu § 105 HGB = BB 1954 S. 456 = DB 1954 S. 452; BGH LM Nr. 6 zu § 142 HGB = BB 1956 S. 221 = DB 1956 S. 301 = WM 1956 S. 351; BGHZ 30 S. 195 = LM Nr. 7 zu § 62 ZPO = NJW 1959 S. 1683 = BB 1959 S. 718 = DB 1959 S. 827 = MDR 1959 S. 730 = WM 1959 S. 903; BGH LM Nr. 13 zu § 161 HGB = NJW 1960 S. 434 = BB 1960 S. 112 = DB 1960 S. 144 = MDR 1960 S. 206 = WM 1960 S. 105; BGH LM Nr. 8 zu § 138 HGB = NJW 1961 S. 724 = BB 1961 S. 304 = DB 1961 S. 333 = MDR 1961 S. 389 = WM 1961 S. 301; BGH LM Nr. 19 zu § 105 HGB = BB 1964 S. 619 = DB 1964 S. 727 = MDR 1964 S. 577 = WM 1964 S. 629; BGHZ 44 S. 40 = BGH LM Nr. 3 zu § 114 HGB = NJW 1965 S. 1960 = BB 1965 S. 845 = DB 1965 S. 1134 = MDR 1965 S. 732 = WM 1965 S. 744; BGH BB 1967 S. 1307 = WM 1967 S. 1099; BGH LM Nr. 8 zu § 109 HGB = NJW 1970 S. 706 = BB 1970 S. 226 = DB 1970 S. 437 = MDR 1970 S. 448 = WM 1970 S. 426; BGH LM Nr. 9 zu § 822 BGB = BB 1972 S. 2201 = MDR 1973 S. 35; BGH MDR 1973 S. 833 = WM 1973 S. 990; BGH LM Nr. 8 zu § 109 = NJW 1974 S. 1656 = BB 1974 S. 1134 = MDR 1974 S. 997 = WM 1974 S. 831; BGHZ 64 S. 253 = JZ 1975 S. 95 = NJW 1975 S. 1410 = BB 1975 S. 896 = DB 1975 S. 1408 = MDR 1975 S. 822 = WM 1975 S. 774 auf OLG Bremen NJW 1972 S. 1952 = JuS 1973 S. 186 = FamRZ 1973 S. 22 = DB 1972 S. 1384 = BB 1972 S. 811; OLG Koblenz, MDR 1957 S. 295; OGH Köln, MDR 1950 S. 541 = OGHZ 4 S. 60; zuletzt als Bestätigung von BGHZ 64 S. 253; BGHZ 68 S. 81 = DM 1977 S. 857 = MDR 1977 S. 560 = JuS 1977 S. 686; BGH BB 1977 S. 615 = NJW 1977 S. 1013 = WM 1977 S. 500; abweichender Ansicht ist wohl nur OLG Nürnberg WM 1958 S. 710 = BB 1958 S. 740 = BB 1958 S. 1001; siehe zur Entwicklung der Rechtssprechung die Wiedergabe der meisten einschlägigen Entscheidungen mit Tatbestand und kurzer Angabe der Gründe bei Pabst S. 55-94.

sicht in der Literatur⁵⁾ gebilligte Formel lange Zeit für einen juristischen Papiertiger halten⁶⁾, weil sie im Ergebnis kaum jemals zur Anwendung kam⁷⁾, so ist dies in-

-
- 5) Boehm, DJZ 1928 S. 936; Karger eben dort S. 1074; Herschel DR 1941 S. 731; Kohler, NJW 1951 S. 5ff; A. Hueck, OHG § 11 III, 3 S. 173 ablehnend noch ders., Festschrift Hübner S. 89; ders., ZGR 1972 S. 237 (244ff); ders., JR 1965 S. 387; Fischer, NJW 1954 S. 777 (780); ders., NJW 1959 S. 1057 (1062); ders., Anm. zu BGH LM Nr. 3 zu § 114 HGB; ders. in Großkomm. HGB § 105 Anm. 31 C; H. Westermann, Handbuch I Rdn. 220, 242; Zöllner S. 347ff; Baumbach-Duden § 105 Anm. 29; ders. & 109 Anm. 5 B; Staudinger-Keßler, Vorbem. zu § 705 Rdn. 38; ders. § 709 Rdn. 21; Soergel-Schultze-von Lasaulx § 705 Rdn. 11, 69ff; Erman-Schulze-Wenck § 705 Rdn. 31; Lehmann-Dietz, 3. Aufl. S. 145; Ganßmüller, Tätigkeitsvergütung S. 5; ders. DB 1965 S. 1893 (1897); ders., DB 1966 S. 1505 (1509); Stimpel, ZGR 1973 S. 73 (74, 75); ders., Richterliche Rechtsfortbildung 1969, S. 15, 19; U.H. Schneider, ZGR 1972 S. 52 (69ff); Kuhn, WM 1973 S. 1186; Schreiber S. 243; H.P. Westermann, Festschrift Hefermehl S. 225ff; vgl. jetzt auch Ulmer, Festschrift Möhring II S. 295, insbes. S. 300; ders., JZ 1975 S. 97; anderer Auffassung sind: Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275ff; ders., Festschrift Bärman S. 533f; ders., NJW 1976 S. 144; Konzen, AcP 172 S. 336ff; früher noch Hueck in Festschrift Hübner S.89; Flume, Gesellschaftsrecht § 15 III S. 273. Vgl. auch schon die kritische Stellungnahme von Hoeniger gegen RGJW 1924 S. 671. Zu dieser Entscheidung auch Kollhosser, Festschrift Bärman S. 533 (549). Eine Darstellung der wichtigsten Literaturstimmen gibt Pabst S. 93-143.
- 6) H.P. Westermann, Festschrift Hefermehl S. 225 (229).
- 7) Auf eine Mitwirkungsklage erfolgte bis zu BGHZ 64 S. 253 als Bestätigung von OLG Bremen NJW 1972 S. 1952 keine stattgebende rechtskräftige Entscheidung; positive Stellungnahmen zur Mitwirkungspflicht erfolgten bis dahin überhaupt nur in BGH LM Nr. 13 zu § 161, BGH LM Nr. 8 zu § 138 und BGH WM 67 S. 1099; vgl. dazu im einzelnen Kollhosser, Festschrift Bärman a.a.O. S. 535ff.

zwischen nicht mehr möglich. Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung vom April 1975 erstmals und ausgerechnet für einen Fall der Ausschlußklage gezeigt, daß er trotz der Gegenstimmen in der Literatur bereit ist, seine Formel auch anzuwenden. Diese Rechtsprechung wurde inzwischen durch eine weitere Entscheidung, wiederum zur Mitwirkung an einer Ausschlußklage nach § 140 HGB, bestätigt⁸⁾.

§ 3 Die Konkretisierung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht

I. Die Rechtsgrundlage der Treuepflicht als Konkretisierungshinweis

Die Frage nach einer Mitwirkungspflicht an der Ausschluß- und den Entziehungsklagen wird von der herrschenden Ansicht also mit der Treuepflicht der Gesellschafter beantwortet. Sie erneut zu stellen heißt daher zunächst, Inhalt und Grenzen dieses Instituts nachzugehen.

Bei der Durchsicht der Literatur zum Streit um die Mitwirkungspflicht fällt auf, daß man eine Präzisierung die-

8) BGHZ 64 S. 253 = NJW 1975 S. 1410 mit Anm. Kollhosser in NJW 1976 S. 144 bestätigt von BGHZ 68 S. 81 = NJW 1977 S. 1013 mit Anm. Haarmann/Holtkamp S. 1396; vgl. die weiteren Fundstellen zu diesen Entsch. S. 1 Fn. 2 und 3.

ses schillernden Instituts¹⁾ tunlichst vermeidet²⁾, vereinzelt mit dem resignierenden Eingeständnis, die Treuepflicht lasse sich eben nicht nach objektiven Gesichtspunkten konkretisieren³⁾. Auch der Bundesgerichtshof übt mit dem bloßen Hinweis auf das Blankett von der Zumutbarkeit⁴⁾ und Erforderlichkeit Selbstbeschränkung⁵⁾.

Die Frage, ob aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ein Anspruch auf Mitwirkung an dem vertragsändernden Ausschluß eines Gesellschafters hergeleitet werden kann, ist aber nur dann mit der nötigen Sicherheit und ohne die Gefahr von Billigkeitserwägungen zu entscheiden, wenn die Generalklausel "Treuepflicht" näher bestimmt wird.

Eine solche Eingrenzung soll im folgenden kurz⁶⁾ versucht werden. Der Aufgabenstellung entsprechend wird dabei die grundsätzliche Existenz einer Treuepflicht im Gesellschaftsrecht anerkannt⁷⁾, wenngleich eine ethische⁸⁾,

1) Eichler S. 31

2) Ausnahmen wie etwa Zöllner § 30 S. 335 ff. bestätigen hier die Regel; vgl. Konzen, AcP 1972 S. 317 (335); siehe auch H.P. Westermann, Festschrift Hefermehl S. 231.

3) Fischer, RGRK-BGB § 705 Rdn. 17.

4) Vgl. auch H.P. Westermann, Festschrift Hefermehl S. 233, der von der Zumutbarkeit als einem mehr floskelhaften Argument spricht.

5) BGHZ 64 S. 253 und diese Rechtsprechung fortsetzend BGHZ 68 S. 81; w. Nachw. dieser Entsch. S. 1 Fn. 3.

6) Vollständigkeit kann hier ohnehin kaum erzielt werden, vgl. dazu etwa die materialreiche Arbeit von Freese.

7) Völlig h.M.; vgl. statt aller: Stimpel, Richterliche Rechtsfortbildung S. 15 (18). Grundlegend A. Hueck, Treuegedanke S. 9 und die Bspr. dieses Vortrags durch Fechner, DRZ 1949 S. 94; Staudinger-Keßler, Vorbem. § 705 Rdn. 35a m.w.Nachw.; kritisch: Küster, insbes. S. 63, 65; vgl. auch Hedemanns Angriff auf die Generalklausel, Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, insbes. S. 58.

8) Vgl. dazu Fechner S. 12 ff.

ethymologische⁹⁾ und historische Fundierung¹⁰⁾ des abgenutzten Begriffs¹¹⁾ der Treuepflicht auch im vorliegenden Zusammenhang aufschlußreich sein könnte.

Der Streit um die Rechtsgrundlagen der Treuepflicht soll hier ebenfalls nicht endgültig ausgetragen werden. Mit der überwiegenden Meinung wird davon ausgegangen, daß die Treuepflicht ihren Geltungsgrund im Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) findet¹²⁾. Gegen eine teilweise vertretene gewohnheitsrechtliche Geltung¹³⁾ der Treuepflicht spricht, daß eine derartige Generalklausel infolge ihrer Unbestimmtheit allgemeine Rechtsüberzeugungen nicht aufkommen läßt. Gewohnheitsrechtliche Geltung könnten nur die daraus entwickelten und allgemein anerkannten Fallgruppen für sich beanspruchen.

Die Fundierung der Treuepflicht in § 157 BGB¹⁴⁾ wird dem Institut auch nicht gerecht, da diese Vorschrift die kritischen Fälle der *Vertrags ä n d e r u n g* gerade nicht mehr abdeckt¹⁵⁾.

Von Bedeutung ist dieser Streit um die Rechtsgrundlage der Treuepflicht hier nur insofern, als der systematischen Einordnung der Treuepflicht bereits erste Hinweise für eine Bestimmung des Inhalts der Treuepflicht entnommen

- 9) Vgl. etwa Staudinger-Weber § 242 Anm. A 123 und Fechner S. 66ff.
- 10) Siehe zur Inflation dieses Begriffs bis 1945 etwa Müller DJZ 1935, Sp. 269 (273); Heyl zu Herrnsheim DR 1934 S. 535ff.
- 11) Staudinger-Keßler a.a.O. Rdn. 33: "Schlagwort", "Phrasologie".
- 12) A. Hueck, Treuegedanke S. 17; ders., SJZ 1948 S. 755; Eichler S. 29; Fechner S. 26; Staudinger-Weber § 242 Rdn. A 129, 130, 230, 246, 859; Staudinger-Keßler a.a.O. Rdn. 35a; Ballerstedt, JuS 1963 S. 253 (258); Soergel-Schulze-v. Lasaulx § 455 Rdn. 66.
- 13) Für eine gewohnheitsrechtliche Geltung: Hueck, Treuegedanke S. 9; Staudinger-Keßler vor § 705 Anm. 35a; Brüggemann S. 26.
- 14) So Henckel AcP 159 S. 106 (107).
- 15) Vgl. zum Verhältnis von § 242 BGB zu § 157 BGB Staudinger-Weber § 242 Anm. 4 A und Esser, JZ 1956 S. 555 (557).

werden können. So sind die im Rahmen des als Rechtsgrundlage festgestellten § 242 BGB etablierten Fallgruppen, wie etwa der Grundsatz des *venire contra factum proprium*, für die Treuebindung eines Gesellschafters ohne weiteres fruchtbar zu machen. Indem man die Treuepflicht als besondere Ausprägung von Treu und Glauben sieht, begibt man sich andererseits auch nicht der besonderen Wertungen des Einzelvertrages, denn die Vorschrift des § 242 stellt ja keinen generellen Verhaltensstandard auf, sondern orientiert diesen jeweils an den einzelnen Schuldverhältnissen¹⁶⁾.

II. Die Personenhandelsgesellschaft als "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis"

Zur weiteren Bestimmung des Umfangs der Treuepflicht liegt es nahe, das Rechtsverhältnis näher zu betrachten, in dem der Treueanspruch erhoben wird, hier also das Gesellschaftsverhältnis¹⁷⁾. Mit der Auffindung derjenigen Merkmale des Rechtsverhältnisses, die Anlaß zur Forderung einer besonderen Treuewaren, gewinnt man auch Anhaltspunkte für die Charakterisierung der Treuepflicht¹⁸⁾.

Anlaß für die Anerkennung einer Treuepflicht ist nach überwiegender und vornehmlich von A. Hueck begründeter Auffassung¹⁹⁾ das Vorliegen einer "personenrechtlichen

16) Ulmer, Festschrift Möhring II S. 294 (298).

17) Andere personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnisse, auch das Arbeitsverhältnis, sollen dabei unbeachtet bleiben.

18) Zu dieser Methode vgl. Soergel-Siebert-Knopp § 242 Rdn. 7.

19) A. Hueck, Treuegedanke S. 12; ders., OHG § 13 I S. 192ff; ders., Festschrift Hübner S. 72; Lehmann, 2. Aufl. S. 79, 192, 188; Brüggemann S. 40.

Gemeinschaft"²⁰⁾, wie etwa der Personengesellschaft²¹⁾. In derartigen, "die Persönlichkeit als solche ergreifenden Rechtsverhältnissen"²²⁾ tritt eine besonders enge Bindung der Beteiligten ein, die Grundlage für eine besondere Treuepflicht ist²³⁾.

Andere legen den Schwerpunkt mehr auf das persönliche Zusammenwirken mehrerer Beteiligter, das die Notwendigkeit einer Einordnung zur Folge hat und daher Treuepflichten auslöst²⁴⁾. Gerade in Personengesellschaften, insbesondere der OHG als typischer Arbeits-, Vermögens- und Haftungsgemeinschaft, entsteht danach eine Treuepflicht ihrer Mitglieder²⁵⁾.

Zur näheren Kennzeichnung des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses²⁶⁾, zum Teil auch als selbständiges Merkmal²⁷⁾ zur Anerkennung einer Treuepflicht, werden weiterhin die persönlichen Beziehungen zwischen den am Rechtsverhältnis Beteiligten genannt. Die Existenz einer persönlichen und nicht nur kapitalistischen Bindung der Gesellschafter untereinander und zur Gesellschaft hat vor allem beim Streit um die

20) Zur Rückführung dieses Begriffs auf O.v. Gierke und zur personalen Struktur als Typenmerkmal der Gesellschaft vgl. H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit S. 134; zum Gemeinschaftsbegriff siehe Zöllner S. 338 insbes. Fn. 6.

21) A. Hueck, OHG § 13 I, 1 S. 192; ders., Festschrift Hübner S. 72.

22) A. Hueck, Festschrift Hübner, S. 72; diese Formulierung kehrt vielfach wieder, etwa auch bei Ballerstedt, JuS 1963 S. 253 (258); Kollhosser, ZHR 129 S. 121 (124) spricht von "partieller Lebensgemeinschaft".

23) Vgl. noch J.v. Gierke, ZHR 111 S. 190 (196, 2.); kritisch dazu Zöllner S. 339.

24) Soergel-Siebert-Knopp § 242 Rdn. 7; vgl. auch Ulmer, Festschrift Möhring II S. 295 (298).

25) A. Hueck, Treuegedanke S. 13; ders., Festschrift Hübner S. 72 (72/73).

26) Vgl. Schilling, JZ 1953 S. 489 (492); Soergel-Schulze-von Lasaulx § 705 Rdn. 66.

27) Vgl. etwa Küster S. 53, 55.

Anerkennung einer Treuepflicht in der Aktiengesellschaft²⁸⁾ und bei der Treuepflicht des Gesellschafters einer GmbH²⁹⁾ eine erhebliche Rolle gespielt³⁰⁾.

Insgesamt ist natürlich nicht zu verkennen, daß es sich bei der "personenrechtlichen Gemeinschaft" um ein Merkmal von erheblicher Unschärfe³¹⁾ handelt, welches allein noch kein praktisch brauchbares Kriterium für die Bestimmung des Umfanges der Treuepflicht im Einzelfall darstellt³²⁾. Trotz Meinungsvielfalt und begrifflicher Ungenauigkeit kann man aber als Ergebnis festhalten, daß die Persönlichkeit der einzelnen Beteiligten eines solchen Gemeinschaftsverhältnisses und ihre Beziehungen zueinander im Mittelpunkt der Bestimmung des Umfangs der Rechte und Pflichten aus diesem Verhältnis stehen. Die Treuepflicht in einer personenrechtlichen Gemeinschaft verlangt eine vornehmlich subjektbezogene Treue, verlangt *P e r s o n e n t r e u e*.

III. Das Vertrauen als Mittel zur Konkretisierung der Treuepflicht

Vereinzelte sieht man als Hauptanwendungsgebiet der Treuepflicht diejenigen Vertragstypen, die sich nach Wesen, Anlage und Zweckrichtung auf persönliches Vertrauen auf-

28) Vgl. dazu den Meinungsstand bei Zöllner S. 336; vgl. auch Lutter, JZ 1976 S. 225ff.

29) BGHZ 9 S. 157 erkennt eine solche Treuepflicht an; auch BGHZ 62 S. 215 = DB 1975 S. 2172 = BB 1975 S. 1450 = AG 1976 S. 5 = NJW 1976 S. 191; vgl. auch Ulmer, NJW 1976 S. 192 (193), der in seiner Anm. zu dieser Entsch. die Tauglichkeit einer Differenzierung nach dem "kapitalistischen" oder "personalistischen" Charakter des Personenverbandes nochmals besonders betont.

30) Kritisch zu diesem Merkmal insges. Zöllner S. 339.

31) Zöllner S. 338.

32) Vgl. dazu die Ausführungen von BGHZ 4 S. 108 (113) in Zusammenhang mit § 142 HGB.

bauen³³⁾. Der Begriff des Vertrauens vermag jedoch zur Konkretisierung der Treuepflicht nicht viel beizutragen, da er noch weniger greifbar ist als der Begriff der Treuepflicht selbst³⁴⁾. Auch Eichler anerkennt am Ende seiner Arbeit den vieldeutigen, von bloßer innerer Erwartung bis zu freundschaftlicher Gefühlskundgebung reichenden Sinn des Vertrauensbegriffs und erklärt ihn zum "bloßen Grundelement der Rechtsordnung³⁵⁾". Bei einer Beschränkung auf v e r a n l a ß t e s Vertrauen bekommt dieser Begriff ebenfalls keine scharfen Konturen und kann daher nur zur weiteren Erläuterung der Treuepflicht beitragen³⁷⁾. Er betont, wie schon der Gedanke des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses, die Bedeutung der Person der einzelnen Gesellschafter für die Feststellung einer Treuepflicht³⁸⁾.

IV. Der Gesellschaftszweck als Mittel zur Konkretisierung der Treuepflicht

Ein weiterer Anlaß, besondere Treue zu fordern, ist die gemeinsame Zweckverfolgung Mehrerer.

Die Gesellschaft ist per definitionem ein Personenzusammenschluß zur gemeinsamen Zweckverfolgung; ihre Mitglieder sind zur Förderung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks verpflichtet (§§ 105 Abs. 1 HGB, 705 BGB). Diese Zweckförderungspflicht steht in engem Zusammenhang mit der

33) Eichler S. 30; vgl. auch Ulmer, Festschrift Möhring II S. 295 (298).

34) Zöllner S. 338.

35) Vgl. aber auch Zöllner S. 342.

36) Eichler S. 10 Fn. 3; vgl. auch Staudinger-Keßler, Vorbem. § 705 Rdn. 360.

37) Vgl. Hubmann, Treuegedanke S. 281.

38) Im Hinblick darauf benutzt ihn auch BGHZ 4 S. 108 (113).

Treuepflicht. Teilweise wird sogar behauptet, daß die Treuepflicht nichts anderes sei als eine Zweckförderungspflicht³⁹⁾. Auch die übrigen Äußerungen in Literatur und Rechtsprechung lassen nicht immer erkennen, ob die beiden Pflichten identisch sein sollen⁴⁰⁾ oder nicht⁴¹⁾. Solche Einordnungsprobleme können im Rahmen dieser Untersuchung auch dahinstehen, denn der Gesellschaftszweck ist jedenfalls ein Anhaltspunkt zur Konkretisierung der Treuepflicht. Ob er sich allerdings zu einer genauen Bestimmung ihres Umfangs⁴²⁾ eignet, erscheint zweifelhaft. Die zum Teil vorgenommene Gleichsetzung von Zweckförderungspflicht und Treuepflicht⁴³⁾ deutet schon an, daß hier zunächst nur von einer Unbekannten auf die nächste verwiesen wird. Schon der Gesellschaftszweck selbst ist nicht einfach zu bestimmen. Die Personenhandelsgesellschaften bezwecken den **B e t r i e b** eines Handelsgewerbes (§§ 105 I, 161 I HGB); Gewinnerzielung kann daher nur ihr Endzweck, nicht aber der alleinige Zweck sein⁴⁴⁾. Außer diesem "Oberzweck"⁴⁵⁾ gibt es Zwischenziele, die festzustellen schon zum Auslegungsproblem gerät. Noch unsicherer wird dann die Feststellung, auf welche Art und Weise der Zweck zu verfolgen ist, und welches Mittel das jeweils "zweckmäßigste" ist.

39) Vgl. BGH DB 1953 S. 352; BGHZ 44 S. 40; RG JW 1935 S. 1773; OGHZ 4 S. 60 (Köln) = MDR 1950 S. 541; OLG Nürnberg WM 1962 S. 731; A. Hueck, Festschrift Hübner S. 72 (80); Schlegelberger-Geßler § 109 Anm. 1; Soergel-Siebert-Knopp § 242 Rdn. 7, 46; Brüggemann S. 50.

40) So RG JW 1935 S. 1173; A. Hueck, Festschrift Hübner a.a.O. S. 80; Küster S. 87; Brüggemann a.a.O.; Soergel-Siebert-Knopp § 242 Rdn. 67.

41) So Zöllner S. 318ff, S. 335ff; wohl auch OGHZ a.a.O.; Ballerstedt, JuS 1963 S. 253 (256); undeutlich insoweit: A. Hueck, OHG § 13 I, 3 S. 195 und Treuegedanke S. 12.

42) So ausdrücklich Esser, § 95 I, 1 c S. 276.

43) S. o. Fn. 40.

44) Vgl. Zöllner S. 27.

45) Vgl. Zöllner S. 25.

Küster⁴⁶⁾ will Inhalt und Grenzen gesellschaftlicher Rechte und Pflichten ausschließlich danach bestimmen, ob sie objektiv geeignet sein können, der Förderung des Gesellschaftszwecks zu dienen. Zumindest für die Personengesellschaft hat er damit jedoch kein Kriterium gefunden, das zum Ersatz der Treuepflicht durch die Zweckförderungspflicht auffordert⁴⁷⁾ oder doch die Treuepflicht inhaltlich erschöpfend bestimmte. In der Personengesellschaft ist der einzelne Gesellschafter zu einer Zweckförderung nur im Rahmen seiner subjektiven Fähigkeiten und Kenntnisse verpflichtet (vgl. § 708 BGB)⁴⁸⁾. Eine Bestimmung des Umfangs der Treuebindung des Gesellschafters im Hinblick auf den zu verfolgenden Gesellschaftszweck kann daher nicht nur objektiv erfolgen.

Wenn somit durch den Hinweis auf den von allen Gesellschaftern zu fördernden Gesellschaftszweck auch kein absolutes, objektives Kriterium zur Inhaltsbestimmung der Treuepflicht gefunden wurde⁴⁹⁾, so steckt der gemeinsame Zweck doch einen Rahmen für den Umfang der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten ab. Eine Treuepflicht kann außerhalb des gegenständlichen Bereichs der Gesellschaft schwerlich in Betracht kommen⁵⁰⁾. Zur Mitwirkung an Maßnahmen, die dem Erwerbszweck der Handelsgesellschaft widersprechen, kann ein Gesellschafter z.B. nicht verpflichtet sein⁵¹⁾. Die Nähe, die eine Maßnahme zur Zweckverfolgung hat⁵²⁾, ist zumindest Indiz für die Feststellung einer Treuepflicht der Gesellschafter und Fixpunkt bei einer

46) Küster S. 87ff.

47) So Küster S. 90.

48) Vgl. zur Kritik an Küster umfassend Zöllner S. 321ff.

49) Entscheidendes Gewicht hat die Zweckbindung des Gesellschafters für Pabst S. 148ff.

50) Vgl. dazu Zöllner S. 330.

51) Vgl. Zöllner S. 331; Ballerstedt, JuS 1963 S. 253 (254).

52) Vgl. Zöllner a.a.O.

Interessenabwägung⁵³⁾ unter den Beteiligten. Die Treuebindung ist also neben ihrem Charakter als Personentreue⁵⁴⁾ auch Z w e c k t r e u e.

V. Die Personengesellschaft als Dauerschuldverhältnis

Vereinzelte wird zur Bestimmung des Umfangs der Treuepflicht auch auf die Dauer eines Rechtsverhältnisses verwiesen⁵⁵⁾. Eine e i g e n s t ä n d i g e und u n m i t t e l b a r e Bedeutung für die Intensität der Treuebindung kommt der Dauer eines Rechtsverhältnisses jedoch nicht zu⁵⁶⁾. Allein der Zeitfaktor, durch den sich das Dauerrechts-schuldverhältnis von einem "gewöhnlichen" Schuldverhältnis unterscheidet, muß noch keine erhöhte Rücksichtspflicht auf die Interessen der Vertragspartei nach sich ziehen⁵⁷⁾. Das wird deutlich, wenn man etwa Sukzessivlieferungsverträge oder Verträge zur dauerhaften Überlassung von Sachen betrachtet, in denen, obwohl Dauerschuldverhältnisse, von einer gesteigerten Treuebindung nicht ohne weiteres die Rede sein kann⁵⁸⁾.

Die Bedeutung des Elements der Dauer für den Umfang der Treuepflicht ist eine mittelbare. Mit der Zeit verstärken sich die persönlichen Beziehungen in einer personenrechtlichen Gemeinschaft, und darum sind langjährige Mitglieder einer Personengesellschaft zu größerer Rück-

53) Zöllner a.a.O.

54) S.o. S. 92ff.

55) Vgl. Ulmer, Festschrift Möhring II S. 285 (302) in Zusammenhang mit der Kündigung; siehe auch die Benutzung dieses Kriteriums durch Pabst S. 192.

56) Vgl. Hubmann, Treuegedanke S. 39ff; Staudinger-Weber § 242 Anm. 130; Eichler S. 10ff; siehe auch Ulmer a.a.O. S. 298.

57) Vgl. dazu Esser-Schmidt § 15 II, 6 S. 161.

58) Vgl. Ulmer, Festschrift Möhring II S. 295 (298).

sichtnahme auf die Interessen des Sozius verpflichtet, als die Partner eines einmaligen Austauschverhältnisses.

In diesem verstärkenden Sinne ist der Faktor Zeit für die Intensität einer Treuebindung mitbestimmend⁵⁹⁾.

VI. Das Merkmal der Zumutbarkeit als Mittel zur Eingrenzung der Treuepflicht

Der Bundesgerichtshof verwendet mit dem Merkmal der Zumutbarkeit das umfassendste und letztlich jede Vertragsanpassung an veränderte Umstände tragende Kriterium⁶⁰⁾. Überall dort, wo es unmöglich ist, alle Einzelfälle auf einen Nenner zu bringen, benutzt es der Gesetzgeber selbst, etwa in § 9 Abs. 1 Satz 1 Kündigungsschutzgesetz oder auch in § 1246 Abs. 2 Reichsversicherungsordnung⁶¹⁾. Rechtsprechung und Lehre tun es ihm bei der Vertragsanpassung nach,⁶²⁾ da auch hier die Fallgestaltungen so mannigfaltig sind, daß sie sich präzisen begrifflichen Merkmalen entziehen und nur durch die Entwicklung von Fallgruppen greifbar werden. Die Zumutbarkeit ist der allgemeine und beherrschende Gesichtspunkt bei der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage⁶³⁾, bei der Verwirkung⁶⁴⁾ und spielt nicht zuletzt auch im Rahmen der Feststellung des wichtigen Grundes etwa bei §§ 133, 140 HGB oder § 723 BGB die ent-

59) Vgl. dazu Hubmann, Treuegedanke S. 39ff; Ulmer a.a.O. S. 302 spricht von einer zentralen Bedeutung des Zeitfaktors.

60) Vgl. Staudinger-Weber § 242 Rdn. B 27; Soergel-Siebert-Knopp § 242 Rdn. 41, 42.

61) Zu weiteren Beispielen siehe Staudinger-Weber § 242 Rdn. B 1.

62) Kritisch dazu Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 105ff, S. 109, 117; Esser, JZ 1956 S. 555 (557).

63) Vgl. Soergel-Siebert-Knopp § 242 Rdn. 41, 42, 413; Staudinger-Weber § 242 Rdn. B 104 und E 327.

64) Staudinger-Weber § 242 Rdn. B 2.

scheidende Rolle⁶⁵⁾. Es kann also nicht verwundern, daß die Zumutbarkeit nun auch zum tragenden Element für die Bestimmung der Treuepflicht und damit für die Entscheidung über eine Mitwirkungspflicht an dem vertragsändernden Ausschluß eines Personengesellschafters geworden ist⁶⁶⁾.

Mit dem Zumutbarkeitskriterium als allgemeinem Regulativ bei Vertragskorrekturen hat die herrschende Meinung allerdings wiederum nur einen in § 242 BGB anzusiedelnden⁶⁷⁾ Blankettbegriff gefunden, der seinerseits der Ausfüllung bedarf. Seine Beschreibung erfolgt regelmäßig in der Weise, daß für die Zumutbarkeit der Tatbestand als solcher, der Anlaß zu der Frage nach der Zumutbarkeit gab, sowie die Beziehung der Beteiligten zu diesem Tatbestand entscheidend sind⁶⁸⁾.

Auch mit Hilfe dieser Erläuterung wird die Zumutbarkeit jedoch noch nicht zu einem subsumtionsfähigen Merkmal der Treuepflicht. Deutlich wird immerhin, daß der Zumutbarkeitsmaßstab und damit der Umfang der Treuepflicht in erster Linie ein subjektiver, dem Interessensbereich der Beteiligten zu entnehmender Maßstab ist⁶⁹⁾, eine Feststellung, die auch schon bei der Auflösung der Treuepflicht in Zweck- und Personentreue getroffen wurde. Es ist zur Konkretisierung der Zumutbarkeit und damit zur Bestimmung des Umfangs der Treuepflicht letztlich eine Analyse der beteiligten Interessen vorzunehmen.

65) Staudinger-Weber, § 242 Rdn. B 1; Gogos S. 64 zu § 117; Ulmer, RGRK-HGB § 140 Anm. 4.

66) Vgl. BGHZ 64 S. 253 und oben S. 85 Fn. 1 und 2.

67) Vgl. Staudinger-Weber § 242 Rdn. B 3, B 104.

68) Vgl. Staudinger-Weber § 242 Rdn. B 125; vgl. auch Soergel-Siebert-Knopp § 242 Rdn. 41, 42.

69) Vgl. etwa Reuter, ZGR 1976 S. 88 (93) und umfassend zur Zumutbarkeit Staudinger-Weber § 242 Rdn. B, hier insbes. B 3.

men⁷⁰⁾. Nur eine solche Interessenanalyse kann darüber entscheiden, ob es die "Mitwirkungspflicht eines Gesellschafters an der Ausschlußklage" geben kann und mit ihr eine Fallgruppe gefunden wurde, die in Zukunft eine genauere dogmatische Kontrolle von Vertragskorrekturen aufgrund der Treuepflicht ermöglicht.

Mit dem Hinweis darauf, daß der wichtige Grund in der Person der Auszuschließenden allein noch nicht die Zumutbarkeit der Mitwirkung eines unwilligen Gesellschafters begründet, versucht ein Teil der herrschenden Auffassung⁷¹⁾ für den hier zu erörternden Fall noch einen besonderen Gradmesser zur Konkretisierung der Zumutbarkeit zu gewinnen.

Dieser Hinweis führt jedoch nicht weiter. Wenn ein wichtiger, zum klageweisen Ausschluß eines Gesellschafters berechtigender Grund nach § 140 HGB nur dann vorliegt, sofern den übrigen Gesellschaftern eine Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Auszuschließenden *unzumutbar* ist und ein unwilliger Gesellschafter an diesem Ausschluß nur mitwirken muß, falls ihm diese Mitwirkung *zumutbar* ist, dann sind diese Feststellungen nur die Kehrseite einer Medaille. Die Entscheidungen über Ausschluß und Mitwirkung hängen beide von *einer* umfassenden Interessenbewertung ab. Durch das für die Zumutbarkeit der Mitwirkung geforderte "Mehr" an Unzumutbarkeit, als sie der wichtige Grund des § 140 HGB

70) Vgl. dazu vor allem: Staudinger-Weber § 242 Rdn. B 162; Kollhosser, Festschrift Westermann, S 275 (280); Zöllner S. 344; A. Hueck, Festschrift Hübner S. 72 (81); Hubmann, AcP 155 S. 85ff; kritisch zu Hueck a.a.O. und zur Interessenabwägung Weygand AcP 158 S. 150 (160ff); in Zusammenhang mit der AG vgl. auch Horowitz, JW 1930 S. 2637 mit umfassender Berücksichtigung der RG Rechtspr.

71) Vgl. Serwe S. 105; BGHZ 68 S. 81 = NJW 1977 S. 1013 und die übrigen Fundstellen S. 1 Fn. 3; Zöllner S. 346 in Zusammenhang mit der Stimmrechtsausübung.

üblicherweise verlangt, wird nur deutlich, was für alle Vertragskorrekturen zu gelten hat, nämlich, daß diese gegen den Willen eines Beteiligten wenn überhaupt, so nur in ganz besonderen Ausnahmefällen zuzulassen sind⁷²⁾.

VII. Die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit als Mittel zur Eingrenzung der Treuepflicht

Als Maßstab für die im Rahmen der Frage nach einer Mitwirkungspflicht vorzunehmende Interessenabwägung⁷³⁾ kann man auch das vom Bundesgerichtshof⁷⁴⁾ und der herrschenden Lehre⁷⁵⁾ weiterhin benutzte Kriterium der Erforderlichkeit ansehen.

Dem nicht zuletzt auch aus dem öffentlichen Recht bekannten⁷⁶⁾ Grundsatz der Erforderlichkeit steht unter der Oberbezeichnung des Übermaßverbots⁷⁷⁾ der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zur Seite⁷⁸⁾. Die beiden Erfordernisse haben unterschiedliche Inhalte⁷⁹⁾. Der Grundsatz der Erforderlichkeit besagt: Unter mehreren möglichen (= zur

72) Vgl. dazu Esser, JZ 1956 S. 555ff; Staudinger-Weber § 242 Rdn. B 158; so im Grundsatz auch die herrschende Auffassung zur Mitwirkungspflicht, vgl. oben S. 85 Fn. 1 und 2.

73) Vgl. Zöllner S. 343ff (351).

74) Zuletzt: BGHZ 64 S. 263 und ihm folgend BGHZ 68 S. 81; vgl. auch schon BGHZ 4 S. 108 (111) im Zusammenhang mit § 142 HGB; vgl. zur übrigen Rspr. oben S. 85 Fn. 2.

75) Vgl. oben S. 85 Fn. 1.

76) Zur Verwendung dieser Begriffe im Arbeitsrecht vgl. BGH BB 1977 S. 595; die Bedeutung des Grundsatzes des mildesten Mittels für gesellschaftsrechtliche Repressionen betont auch Kollhosser, NJW 1976 S. 144 (145).

77) Vgl. dazu Lerche S. 21.

78) Lerche S. 19 ff.

79) Ders. S. 20.

Zweckerreichung geeigneten) Instrumenten darf nur dasjenige gewählt werden, das die geringsteinschneidenden Folgen hervorruft. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt hingegen, daß die Handhabung eines bestimmten Instruments zur Erreichung eines bestimmten Zwecks diesem gegenüber nicht unangemessen sein darf⁸⁰⁾. Während also der Maßstab für die Bestimmung der Verhältnismäßigkeit aus der Mittel-Zweck-Relation gewonnen wird, ist dieses Verhältnis für die Frage der Erforderlichkeit ohne Bedeutung⁸¹⁾. Der Maßstab für die Erforderlichkeit richtet sich vielmehr nach der Eingriffsintensität des Mittels und nach der Interessensphäre, die über den Intensitätsgrad bestimmt. Die Gemeinsamkeit der beiden Grundsätze ergibt sich aus ihrer Funktion, ein Eindringen in einen Rechtsbezirk zu kontrollieren⁸²⁾. Bei der Verhältnismäßigkeit geschieht dies durch eine Abwägung zwischen dem durch das Eindringen zu verwirklichenden Rechtsgut und dem dadurch beeinträchtigten oder geopfertem Gut. Bei der Erforderlichkeit erfolgt die Abwägung ebenfalls im Hinblick auf den betroffenen Rechtsbereich⁸³⁾. Beide Male geht es also um die Bestimmung der Opfergrenze für den Betroffenen. Im Hinblick auf die zu untersuchende Frage einer Mitwirkungspflicht des unwilligen Gesellschafters an einer Ausschußklage nach § 140 HGB bedeutet dies konkret: Mit Hilfe der Treuepflichtlehre wird in das grundgesetzlich geschützte Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) des unwilligen Gesellschafters eingegriffen, um eine im Hinblick auf die übrigen Beteiligten als gerecht empfundene Vertragsordnung herzustellen. Durch Richterspruch wird die Mitwirkung dieses Gesellschafters an der Ausschußklage ersetzt (§ 894 ZPO) und dadurch gegen seinen Willen

80) Vgl. Lerche S. 19 und die umfassende Begriffserläuterung im folgenden.

81) Lerche a.a.O.

82) Vgl. Lerche S. 22.

83) Vgl. Lerche a.a.O.

eine Umgestaltung der personellen Zusammensetzung der Gesellschaft herbeigeführt. Die Kontrolle einer solchen Umgestaltung des Gesellschaftsvertrages auf Kosten der Selbstbestimmung des änderungsunwilligen Gesellschafters ist anhand der Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit vorzunehmen. Daß auch diese Grundsätze keine konkreten Beurteilungsstandards liefern⁸⁴⁾, macht schon die Unschärfe des dabei verwendeten Zweckbegriffs⁸⁵⁾ deutlich. Auch das Übermaßverbot hilft jedoch mit, die Ebene reiner Billigkeitserwägungen zu überwinden.

VIII. Privatautonomie und Vertragsgerechtigkeit als Hintergrund der Treuepflichtlehre

Mit der Einordnung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit ist bereits der allgemeine Hintergrund der Treuepflichtlehre aufgezeigt worden. Ausgangspunkt aller Erwägungen zur Treuepflicht hat die Frage zu sein, welches Gewicht im Gesellschaftsvertragsrecht der Privatautonomie zukommt⁸⁶⁾ und wie diese sich zur Vertragsgerechtigkeit verhält.

Die Lehre vom Rechtsgeschäft im allgemeinen und vom Vertrag im besonderen wurzelt im Gedanken der Privatautonomie⁸⁷⁾. Diese wiederum wird als ein aus sich selbst ge-

84) Vgl. Lerche S. 224.

85) Vgl. oben S. 95.

86) Vgl. Kollhosser, Festschrift Westermann S. 284; Ulmer, Festschrift Möhring II S. 304 im Zusammenhang mit der Kündigung, Konzen AcP 1972 S. 317 (337); H.P. Westermann, Festschrift Hefermehl S. 231; Fischer, Festschrift Barz S. 32 (37); A. Hueck, OHG S. 175 Fn. 36c; Fischer, Anm. zu BGH LM Nr. 3 zu § 114 HGB.

87) Zum Grundsatz der Privatautonomie im Zusammenhang mit der Rechtsgeschäftslehre vgl. umfassend: Bydliniski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, passim; vgl. Auch Raiser, Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages I S. 101 (115).

rechtfertigtes ethisches Grundprinzip angesehen und gilt als "Ausschnitt aus dem allgemeinen Prinzip der Selbstbestimmung des Menschen in seinen Angelegenheiten"⁸⁸⁾. Wesentlicher Teil dieses grundgesetzlich (Art. 2 Abs. 1 GG) geschützten Selbstbestimmungsrechts des einzelnen ist sein Recht zur freien Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse durch Willensäußerung⁸⁹⁾. Der Grundsatz der Privatautonomie ist auf die Gewährleistung größtmöglicher Vertragsgerechtigkeit ausgerichtet. Da ein privatautonomer Interessenausgleich diese Aufgabe jedoch allein nicht zu bewältigen vermag⁹⁰⁾, muß der Privatautonomie die Rechtsordnung als Korrelat zur Seite stehen⁹¹⁾. Diese Verflechtung der Privatautonomie mit anderen Ordnungsprinzipien des Privatrechts und deren Gerechtigkeitserwägungen darf jedoch nicht zu einer Reduzierung der Freiheitsgarantie nach Maßgabe einer "Richtigkeitsgewähr" führen⁹²⁾; die Privatautonomie ist nicht lediglich Teil einer umfassenden Ordnung zur Erzielung von - im Sinne dieser Ordnung - "richtigen" Ergebnissen⁹³⁾.

Angesichts einer so verstandenen Privatautonomie darf

-
- 88) Vgl. zu dieser Einordnung statt aller: Flume, Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages I S. 135 (136); Bydliński S. 133; H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit S. 24; kritisch zu dieser dogmatischen Erfassung Reuter, Perpetuierung S. 35.
- 89) Vgl. Flume § 1, 8a; 10a; H.P. Westermann a.a.O.
- 90) Fischer, Festschrift S. 37; Raiser, JZ 1958 S. 1 (4).
- 91) Vgl. dazu H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit S. 27; Flume § 1, 2; Raiser, JZ a.a.O.; auf die Sozialbindung der Vertragsfreiheit durch die Rechtsordnung verweist Fischer, DRiZ 1974 S. 209ff.
- 92) Vgl. aber Schmidt-Rimpler, AcP 147 S. 130 (155ff); ders., Festschrift Nipperdey 1955 S. 1ff; zum vielfach mißverstandenen Begriff der Richtigkeit bei Schmidt-Rimpler vgl. Reuter, Perpetuierung S. 33.
- 93) Vgl. demgegenüber Schmidt-Rimpler, AcP 147 S. 137; kritisch zu Schmidt-Rimpler Flume, Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages I S. 142.

den Gesellschaftern auch aufgrund der Treuepflicht nicht zusätzlich etwas aufgenötigt werden, das nicht den Wertungsgrundlagen ihres eigenen Vertrages und einer danach zu beurteilenden allgemeinen Vertragsgerechtigkeit entspricht.

§ 4 Ergibt sich aus der Treuepflicht eine Pflicht des Gesellschafters zur Mitwirkung an der Ausschlußklage nach § 140 HGB?

Nach dieser Eingrenzung der Treuepflicht soll nun als nächstes untersucht werden, ob sich aus der Treuepflichtlehre als eine ihrer Fallgruppen die Mitwirkungspflicht eines unwilligen Gesellschafters an der Ausschlußklage (§ 140 HGB) ergeben kann, wie dies von der herrschenden Ansicht behauptet wird¹⁾.

I. Die personelle Zusammensetzung der Gesellschaft als Grenze einer Mitwirkungspflicht

Bei der Erläuterung der Treuepflicht wurde festgestellt, daß sie in besonderem Maße Personentreue ist und die Persönlichkeit der Gesellschaftsmitglieder, die Intensität ihrer Beziehungen und Zusammenarbeit über ihren Umfang wesentlich mitbestimmen²⁾. Daher liegt es nahe, die personelle Zusammensetzung der Gesellschaft als für den einzelnen Gesellschafter so wesentlich anzusehen, daß er zur

1) Vgl. oben S. 85 Fn. 1 und 2.

2) Vgl. oben S. 92ff.

Mitwirkung an ihrer Abänderung nicht verpflichtet ist³⁾. Wenn die Zusammenarbeit ganz b e s t i m m t e r Personen Anlaß für die Treueforderung ist, dann kann diese sich nicht auch auf eine Veränderung ihrer eigenen Grundlagen erstrecken und zur Mitwirkung am Ausschluß eines Mitgesellschafters verpflichten. Die herrschende Auffassung, die in diesem Zusammenhang ausgeführt hat, daß eine Änderung des Personalbestandes nicht ohne weiteres schwerer wiegt als eine andere Abänderung des Gesellschaftsvertrages⁴⁾, setzt den höchstpersönlichen Charakter der Beziehungen der Mitglieder einer Personengesellschaft zu gering an.

Bei der Entstehung der Vorschriften über die Handelsgesellschaften war ihren Vätern das besondere Gewicht der Individualität des einzelnen Teilnehmers noch selbstverständlich⁵⁾. Bei der Konzipierung des Entwurfs eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten ging der Gesetzgeber davon aus, daß mit dem Fortfall auch nur eines Gesellschafters die bisherige Gesellschaft insgesamt aufgehoben wird. Zur Begründung wird in den Motiven ausgeführt, daß durch das Ausscheiden auch nur eines Mitgliedes die ganze Gesellschaft zu einer wesentlich anderen werde⁶⁾. Die Auflösung der Gesellschaft könne daher grundsätzlich nur eine totale sein, während eine partielle Auflösung nur in ganz besonderen Fällen in Betracht komme⁷⁾, etwa im Fall des heutigen § 140 HGB.

3) So insbesondere Kollhosser, Festschrift Bärmann S. 533 (540); vgl. auch A. Hueck, OHG § 29 I, 2c S. 443.

4) So ausdrücklich BGHZ 64 S. 253 = NJW 1975 S. 1410 (1411); anders Pabst S. 185, der diesem Umstand besonderes Gewicht beimißt, ohne daraus jedoch Konsequenzen zu ziehen.

5) Vgl. Motive zu Art. 118 S. 64 und zu Art. 122 S. 68.

6) Vgl. Motive zu Art. 118 S. 64.

7) Vgl. Motive zu Art. 123 S. 68.

Diese von der herrschenden Ansicht zur Mitwirkungspflicht verkannte besondere Gewicht der Einzelperson für die Gesellschaft⁸⁾ hat auch in den geltenden gesetzlichen Regelungen seinen Niederschlag gefunden. Das Gesetz sieht typischerweise wegen der Bedeutsamkeit der Person des Gesellschafters für die Gesellschaft keinen Mitgliederwechsel vor, weder durch Übertragung der Mitgliedschaft (§ 717 BGB) noch durch Ausscheiden eines Gesellschafters⁹⁾. § 727 BGB für die BGB-Gesellschaft und § 131 Nr. 4 HGB für die OHG bestimmen sogar die Auflösung der Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters. Nur durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen aller Gesellschafter kann davon abgewichen werden.

Wenn § 177 HGB beim Tod eines Kommanditisten ausnahmsweise keine Gesellschaftsauflösung anordnet, so beruht das auf dem kapitalistischen Einschlag der Kommanditistenstellung.

Die Vorschriften des § 131 Nr. 4 HGB, §§ 727, 717 BGB und auch des § 719 BGB, der dem Gesellschafter eine Verfügung über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen verbietet, haben alle einen gemeinsamen Hintergrund: die Mitglieder einer Gesellschaft gehen diese nicht in irgendeiner beliebigen Zusammensetzung ein, sondern wollen nur mit ganz bestimmten Partnern zusammenarbeiten¹⁰⁾. § 708 BGB bestätigt diese entscheidende Bedeutung der Person des jeweiligen Partners für den Beitrittsentschluß, wenn er den Maßstab für die bei gesellschaftlichen Angelegenheiten erforderliche Sorgfalt nach den persönlichen Eigenschaften des jeweiligen Gesellschafters bemißt. Zu einer Mitwirkung an der Veränderung der den Beitrittsentschluß leitenden personellen Struktur der Gesellschaft und der weiteren Mitarbeit in einer neuen, ungewollten Zusammensetzung kann der einzelne daher auch aufgrund des Treue-

8) Das personale Element betont Kollhosser, ZHR 129 S. 121 (124), der die Handelsgesellschaft auch als partielle Lebensgemeinschaft ansieht.

9) H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit S. 142.

10) Vgl. dazu Röttemann, NJW 1956 S. 1617; Ballerstedt, JuS 1963 S. 252 (258).

gedankens nicht verpflichtet werden. Weithin anerkannt ist dies bereits für die Familiengesellschaft, wo die persönlichen Verflechtungen der Gesellschafter durch ihre familienrechtlichen Beziehungen regelmäßig besonders intensiv sind¹¹⁾. Der entscheidungserhebliche Gesichtspunkt ist in diesem Zusammenhang aber nicht die familienrechtliche Besonderheit selbst, sondern die dadurch eintretende weitere Steigerung der persönlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander. Die persönlichen Beziehungen der Gesellschafter, die bei der Familiengesellschaft eine zwangsweise Veränderung der personellen Zusammensetzung hindern, entstehen nicht nur durch Verwandtschaft, sondern bei jeder längerdauernden gemeinsamen Tätigkeit auf der Grundlage personaler Beziehungen¹²⁾. Folgerichtig ist daher eine Mitwirkungspflicht an der Ausschlußklage nicht nur in einer Familiengesellschaft, sondern in jeder Personenhandelsgesellschaft abzulehnen.

Wenn der Bundesgerichtshof dieser aus dem Gesetz ablesbaren Wertung kein entscheidendes Gewicht beimißt, so liegt das nicht zuletzt daran, daß er beide Male keine normtypischen Personengesellschaften zu beurteilen hatte.

In seiner ersten, eine Mitwirkungspflicht auch im Ergebnis anerkennenden Entscheidung¹³⁾ regelte der Gesellschaftsvertrag, daß die Gesellschaft bei Ausscheiden eines Gesellschafters unter den übrigen fortgesetzt werden soll-

11) OLG Nürnberg, WM 1958 S. 710 (713) = BB 1958 S. 1001; RGZ 162 S. 388; A. Hueck, OHG S. 149 Fn. 92; ders., ZGR 1972 S. 237 (247); Baumbach-Duden § 140 Anm. 3 A; Hartmann S. 19; Weipert, RGRK-HGB § 140 Anm. 15; vgl. dazu auch Kohler, NJW 1951 S. 5/6; Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275 (288); H. und U.H. Schneider, ZGR 1972 S. 52 (72); Pabst S. 138; Fries S. 89ff und auch BGH FamRZ 1973 S. 22 (25).

12) S. o. S. 93 und Kohler, NJW 1951 S. 5/6.

13) BGHZ 64 S. 253 = NJW 1975 S. 1410 und weitere Fundstellen S. 1 Fn. 2.

te¹⁴⁾. Der personellen Zusammensetzung der Gesellschaft wurde also im Vertrag nicht die dargestellte Bedeutung eingeräumt. In der zweiten Entscheidung ging es um eine Grundbesitz mbH & Co. KG mit über 30 Kommanditisten, die im Rahmen der Entwicklungshilfesteuergesetze Bungalowanlagen auf den Kanarischen Inseln errichtet hatte und bewirtschaftete. Es handelte sich also um eine Publikumsgesellschaft, in der nicht die persönliche Zusammenarbeit, sondern die Kapitalanlage im Vordergrund stand. Schon aus diesem Grunde sollte man sich vor einer Verallgemeinerung dieser Entscheidungen hüten¹⁵⁾.

II. Die Subjektbezogenheit der Treuepflicht führt zu einem subjektiven Beurteilungsmaßstab

Der Gesichtspunkt, daß die Treuepflicht vornehmlich Personentreue ist, führt noch unter einem weiteren Aspekt dazu, eine Mitwirkungspflicht des Gesellschafters an einer Veränderung der personellen Zusammensetzung der Gesellschaft durch Ausschlußklage zu verneinen.

Der Gegenstand der Ausschlußklage, der Personenbestand der Gesellschaft, ist nicht nur für den einzelnen Gesellschafter von überragender Bedeutung, die Notwendigkeit einer Fortsetzung der Gesellschaft in veränderter Zusammensetzung entzieht sich auch einer an objektiven Merkmalen orientierten Bewertung. Der Zusammenschluß mehrerer bestimmter Personen in einer Gesellschaft bedeutet, daß

14) Zur Berücksichtigung einer solchen Fortsetzungsklausel im vorliegenden Zusammenhang vgl. auch Ulmer, JZ 1976 S. 97 (98).

15) BGHZ 68 S. 81 = NJW 1977 S. 1013 und weitere Fundstellen S. 1 Fn. 3; vgl. zu den Besonderheiten dieser Gesellschaft H.P. Westermann, NJW 1977 S. 2185 (2186); vgl. auch BGH NJW 1977 S. 2161, wonach "Die Besonderheit der Publikumsgesellschaft, die den Senat wiederholt zur Herausbildung von Rechtsgrundsätzen veranlaßten, die nicht ohne weiteres auf die gesetzliche Regelform der KG übertragen werden können, ...".

diese sich so nehmen wollen, wie sie sind¹⁶⁾. Die Gesellschafter tun sich zusammen, weil sie einander vertrauen¹⁷⁾, weil unter ihnen das richtige Verhältnis von Sympathien und Antipathien besteht und weil sie die Verteilung der persönlichen Stärken und Schwächen in dieser Partnerschaft als erfolgversprechend ansehen, also aufgrund höchst subjektiver Wertungen. Eine Änderung des so entstandenen personellen Gefüges muß daher ebenfalls der persönlichen Einschätzung des einzelnen Gesellschafters überlassen bleiben; eine nach objektiven Kriterien ermittelte Pflicht zu seiner Änderung besteht nicht¹⁸⁾. So kann etwa der die Mitwirkung verweigernde Gesellschafter das fachliche Können des Auszuschließenden als so unverzichtbar für seine Beteiligung an der Gesellschaft ansehen, daß er die von den Mitgesellschaftern als Ausschlußgrund angesehene Verfehlung in Kauf zu nehmen bereit ist¹⁹⁾. Objektivierbare Bewertungsgrundlagen des Gesellschaftsvertrages, die der Richter zu einer vertragsgerechten Entscheidung über die Mitwirkungspflicht zu Ende denken könnte, fehlen wegen der Höchstpersönlichkeit dieser Entscheidung regelmäßig. Vertragsgerechtigkeit kann somit in derartigen Fällen auch durch eine auf den Treuegedanken gestützte Mitwirkungspflicht nicht mit der nötigen Sicherheit hergestellt werden.

Die Einsicht, daß die Notwendigkeit eines Gesellschafterausschlusses nur subjektiv entscheidbar ist, steht in engem Zusammenhang mit der Feststellung des wichtigen

16) Vgl. RGZ 143 S. 215.

17) Mit dieser Begründung gegen die h.M. von der Mitwirkungspflicht: A. Hueck, Festschrift Hübner S. 72 (87); ders., OHG § 11 III, 3 S. 175; Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275 (284/285); vgl. auch Staudinger-Weber § 242 Rdn. B 129, 144; Reuter, ZGR 1976 S. 88 (94); für eine objektive Beurteilung in anderem Zusammenhang Herschel, DR 1940 S. 721 (722); vgl. zuletzt auch H.P. Westermann, NJW 1977 S. 2185.

18) Vgl. Fn. 17.

19) Vgl. Serwe S. 55.

Grundes in dem später durchzuführenden Ausschlußverfahren. Die Weigerung, daran mitzuwirken, signalisiert eine unterschiedliche Einschätzung des Fehlverhaltens des Ausschließenden; der Mitwirkungsunwillige sieht darin regelmäßig keinen wichtigen Grund i.S. von § 140 HGB. Akzeptiert man diese Einschätzung und zwingt den unwilligen Gesellschafter nicht zu einer Mitwirkung an der Ausschlußklage, so ist dies bereits ein erster Filter für den Ausschluß eines Gesellschafters. Dieser Filter besteht aus gutem Grund. Bereits die Tatsache an sich, daß ein Gesellschafter sich weigert, am Ausschlußverfahren teilzunehmen, ist Indiz dafür, daß ein wichtiger Grund *n i c h t* gegeben ist²⁰⁾, muß dieser doch im Verhältnis zu allen Gesellschafterpersönlichkeiten festgestellt werden, also auch im Verhältnis zu dem Unwilligen.

Betrachtet man die wirtschaftlichen Folgen einer personellen Änderung der Gesellschaft, so bestätigt sich, daß die Entscheidung darüber nicht nach objektivierbaren Kriterien getroffen werden kann, sondern dem subjektiven Bereich jedes einzelnen zu entnehmen ist. Der Ausschluß eines Gesellschafters ist nicht zuletzt auch eine unternehmerische Entscheidung. Sie ist mit einem unter Umständen erheblichen Kapitalabfluß verbunden und ändert die Haftung der verbleibenden Gesellschafter. Sie verändert das Erscheinungsbild der Gesellschaft am Markt sowie ihren Kredit und erfordert von den verbleibenden Gesellschaftern eine neue Einstellung auf die veränderten Verhältnisse²¹⁾. Die damit verbundene Übernahme neuer wirtschaftlicher Risiken kann nicht einer objektiven Beurteilung auf ihre Richtigkeit unterzogen werden, sondern muß der persönlichen Entscheidung des einzelnen überlassen

20) Vgl. dazu die Äußerung Fischers im Hinblick auf eine andere vertraglich angebotene Konfliktlösung in Großkomm. HGB § 127 Rdn. 5.

21) Vgl. dazu Kollhosser, Festschrift Bärmann S. 533 (543); H.P. Westermann, Festschrift Hefermehl S. 226.

bleiben²²⁾. Der einzelne Gesellschafter muß entscheiden, welches Fehlverhalten eines Mitgesellschafters er unter unternehmerischen Gesichtspunkten noch hinzunehmen bereit ist, und wann er dessen Ausschluß mitzutragen gewillt ist.

III. Kein Vorrang der Zweckförderungspflicht (§§ 105 Abs. 1 HGB, 705 BGB)

Untersucht man die Frage der Mitwirkungspflicht eines Gesellschafters an der Ausschlußklage im Hinblick darauf, daß die Treuepflicht als Grundlage einer solchen Verpflichtung vor allem auch Zwecktreue ist²³⁾, so erlebt man den allgemeinen Streit um die Mitwirkungspflicht des Gesellschafters an einer Vertragsänderung im Gewand der Diskussion um den Stellenwert des Gesellschaftszwecks²⁴⁾.

Auf Seiten der herrschenden Auffassung von der Mitwirkungspflicht des Gesellschafters wird vorgetragen, daß das Versprechen zur gemeinsamen Zweckverfolgung auch ursprünglich nicht vorgesehene Pflichten zur Anpassung der Gesellschaft an veränderte Umstände umfasse²⁵⁾. Einem auf Dauer gerichteten Mitgliedschaftsverhältnis sei daher von vornherein die Verpflichtung des Mitglieds immanent, bei einer Anpassung an veränderte Verhältnisse dem Verbandszweck den Vorrang einzuräumen²⁶⁾.

22) Vgl. Kollhosser a.a.O.; H.P. Westermann a.a.O. und Konzen AcP 172 S. 317 (338); im Zusammenhang mit der Stimmrechtsausübung vgl. für die GmbH BGHZ 14 S. 25 (38) und Horowitz, JW 1930 S. 2637ff im Hinblick auf die Rspr. des RG.

23) S. o. S. 95.

24) Vgl. dazu auch oben S. 84.

25) Vgl. Zöllner S. 345; H.P. Westermann, Festschrift Hefermehl S. 226 (232).

26) Zöllner a.a.O.

Die Gegenansicht²⁷⁾ verteilt die Gewichte zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des einzelnen und der immanenten Vertragsgerechtigkeit auch beim Blick auf eine verständige Weiterverfolgung des Vertragszwecks²⁸⁾ zu Recht anders. Der Gesellschafter hat sich nur unter den vereinbarten Modalitäten des Gesellschaftsvertrages zu einer Zweckförderung verpflichtet. Die Zweckförderungspflicht kann daher den einzelnen Gesellschafter nicht zu einer Vertragsänderung verpflichten, sondern ist gerade auf den Vertragsrahmen beschränkt²⁹⁾.

Der Überlegung, daß der Gesellschaftsvertrag den Gesellschafter auch bei einer Änderung dieses Vertrages selbst zur vorrangigen Verfolgung des Gesellschaftszwecks verpflichtet, kann jedenfalls bei einer personellen Anpassung des Vertragsrahmens nach § 140 HGB nicht gefolgt werden. Zum Gründungsprogramm der Gesellschaft gehören neben den privatautonomen Vereinbarungen der Partner auch die gesetzlichen Regelungen des gewählten Gesellschaftstyps, also auch § 140 HGB. Aus der Existenz dieser Vorschrift ergibt sich für die Beteiligten nicht nur, daß Ereignisse in der Person von Gesellschaftern eintreten können, die eine personelle Veränderung der Gesellschaft möglich und erforderlich machen könnten, sondern auch, nach welchen Kautelen sich eine solche Veränderung dann richtet. Die Gesellschafter gehen bei Vertragsschluß von der für einen Gesellschafterausschluß vorgesehenen Lösung nach § 140 HGB, insbesondere dessen Erfordernis einer gemeinsamen Klageerhebung aller übrigen Mitglieder, aus. Es

27) Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275 (278); A. Hueck, Festschrift Hübner S. 72 (89); Konzen, AcP 172 S. 338; BGH WM 1973 S. 990 (991) für ein besonders krasses Änderungsverlangen.

28) Vgl. dazu noch: BGHZ 44 (40), 41 und die Anm. dazu von A. Hueck, JR 1965 S. 387.

29) Kollhosser a.a.O.

kann daher nicht angenommen werden, daß in der Beteiligung des Mitgesellschafters am Vertrag auch der Verzicht auf den Schutz dieser Vorschrift und die Zusage einer vorrangigen Förderung des Gesellschaftszwecks bei Meinungsverschiedenheiten über die Notwendigkeit eines Gesellschafterausschlusses enthalten ist³⁰⁾. Eine Mitwirkungspflicht an der Ausschlußklage ist dem Gesellschaftsvertrag daher nicht immanent.

IV. Ist die Mitwirkung an der Ausschlußklage einem Gesellschafter gegen seinen Willen zumutbar?

Ob dem Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft die Mitwirkung an einer Ausschlußklage gegen seinen Willen zumutbar sein kann, ist aufgrund einer eingehenden Interessenbewertung festzustellen³¹⁾. Die Schwierigkeiten einer solchen Interessenanalyse liegen weniger in der Ermittlung der beteiligten Interessen³²⁾, die daher ohne nähere Untersuchung als solche des einzelnen Gesellschafters, der anderen Gesellschafter sowie des Verbandes³³⁾ bei der Abwägung zugrundegelegt werden sollen. Problematisch ist vielmehr das Auffinden von Ordnungsprinzipien, die geeignete Maßstäbe für die Interessenabwägung liefern.

30) Vgl. dazu Esser-Schmidt § 24 I, 3 S. 271.

31) Vgl. dazu oben S. 101.

32) Vgl. Zöllner S. 343.

33) Vgl. zur Ermittlung und Abgrenzung der beteiligten Interessenbereiche umfassend Zöllner S. 17ff; Hubmann, AcP 155 S. 85ff; vgl. im Zusammenhang mit den Entziehungsklagen auch Serwe S. 55ff.

1. Privilegierung des Einzelinteresses des Gesellschafters in § 140 HGB

Da mit § 140 HGB eine gesetzliche Vorschrift besteht, die die Änderung der personellen Zusammensetzung der Gesellschaft regelt, sind die Maßstäbe für die Feststellung einer Pflicht zur Mitwirkung an einer solchen Vertragsänderung in erster Linie dem Inhalt und Zweck dieser Regelung selbst zu entnehmen.

§ 140 HGB ermöglicht den Ausschluß eines Mitgesellschafters nur durch eine gemeinsame Klage aller übrigen Gesellschafter. Das Gesetz schreibt also für diese Maßnahme einen einstimmigen Entschluß aller Gesellschafter vor und läßt einen Mehrheitsentscheid nicht ausreichen. Die Annahme einer Mitwirkungspflicht des unwilligen Gesellschafters an der Ausschlußklage führt hingegen zu einem richterlich sanktionierten Mehrheitsentscheid kraft Treuepflicht³⁴⁾. Inhalt und Zweck der Vorschrift lassen ein solches Abweichen von dem vorgesehenen Einstimmigkeitsprinzip nicht zu, da der Konsens aller übrigen Gesellschafter eine vom Gesetz gewollte Privilegierung des Einzelinteresses ist³⁵⁾.

a. Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift

Die Freiheit des einzelnen bei der Entscheidung über den Ausschluß eines Mitgesellschafters ergibt sich bereits aus der Entstehungsgeschichte des § 140 HGB.

Der Ausschluß eines Gesellschafters als partielle Auflösung der Gesellschaft ist vom Gesetz als Ausnahme vom Grundsatz der Totalauflösung konzipiert worden. Es sollten für den Fall, daß der Auflösungsgrund auf einen Ge-

34) Vgl. dazu Ganßmüller, DB 1965 S. 1893 (1897).

35) Vgl. dazu Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275 (287).

sellschafter beschränkt war, Auflösung und Neuabschluß der Gesellschaft unter den Verbleibenden vermieden werden, und statt dessen ein Ausschluß dieses Gesellschafters möglich sein³⁶⁾. Voraussetzung für diese Ausnahme aber sollte der Wille eines jeden Gesellschafters sein, ohne den Auszuschließenden "in dem bisherigen Verhältnis zu bleiben"³⁷⁾. Die zwangsweise Teilnahme eines Gesellschafters am Ausschluß eines Mitgesellschafters und seine Pflicht zur Mitarbeit in einem neuen Gesellschaftsverhältnis war dem Art. 123 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten als dem historischen Vorgänger des § 140 HGB fremd. Dem Selbstbestimmungsrecht des einzelnen wurde der Vorrang eingeräumt, und die Auflösung der Gesellschaft war nicht ein unter allen Umständen zu vermeidendes Übel, sondern eine zur Konfliktlösung notfalls vorgesehene gesetzliche Regelung³⁸⁾. Die historische Betrachtung des § 140 HGB ergibt also, daß die Vorschrift beim Ausschluß eines Gesellschafters das Interesse des einzelnen privilegiert und ihn bei seiner Entscheidung über den Ausschluß nicht zur Rücksicht auf die Interessen der Mitgesellschafter und des Verbandes verpflichtet.

b. Keine Einigkeit zur Fortsetzung der Gesellschaft bei Anerkennung einer Mitwirkungspflicht

Für eine Beachtung des subjektiven Entschlusses eines Gesellschafters, sich nicht an der Ausschlußklage zu beteiligen, spricht weiter der mit dem gemeinsamen Klageerfor-

36) Vgl. dazu schon oben S. 11 und 107 sowie die Motive zu Art. 123 S. 68 und zu Art. 118 S. 64.

37) Motive zu Art. 123 S. 68.

38) Vgl. dazu die Motive zu Art. 118 S. 64.

dernis aller verfolgte Zweck, Einigkeit über die Fortführung der Gesellschaft unter den klagenden Gesellschaftern herzustellen³⁹⁾. Dadurch soll verhindert werden, daß einer von ihnen eine Fortsetzung der Gesellschaft mit dem nach anderer Auffassung Auszuschließenden oder eine Beendigung auch seiner Mitgliedschaft vorziehen würde⁴⁰⁾. Unterwirft man nun den klageunwilligen Gesellschafter mit Hilfe der Treuepflicht einem nachträglichen Kontrahierungszwang, so wird dieser Zweck des § 140 unterlaufen. Der zur Mitwirkung an der Ausschlußklage und zur Fortsetzung der Gesellschaft verpflichtete Gesellschafter arbeitet gegen seinen Willen in der veränderten Besetzung weiter und wird daher nicht selten Anlaß zu neuen Schwierigkeiten geben⁴¹⁾. Der Konflikt, den man mit der Mitwirkungspflicht lösen wollte, wird nur vertagt. Die persönliche Entscheidung des klageunwilligen Gesellschafters sollte daher schon zu Beginn respektiert werden.

c. Der Schutz des Auszuschließenden gründet sich auf die Entscheidungsfreiheit des einzelnen

Das Erfordernis einer gemeinsamen Ausschlußklage aller übrigen Gesellschafter bezweckt weiter den Schutz des Auszuschließenden vor einer mißbräuchlichen Ausnutzung der Ausschlußbefugnis⁴²⁾. Wenn alle übrigen Gesellschafter mit dem Ausschluß einverstanden sein müssen, dann ist das Risiko eines Mißbrauchs denkbar gering, weil Einmütigkeit über ein mißbräuchliches Vorgehen nur schwer zu erzielen sein wird. Der darin liegende Schutz für den Aus-

39) Vgl. dazu oben S. 11.

40) Schlegelberger-Geßler § 140 Rdn. 10.

41) Vgl. dazu im einzelnen auch unten S. 127.

42) Vgl. dazu oben S. 12.

zuschließenden gründet sich aber auf die Entscheidungsfreiheit jedes einzelnen Gesellschafters, die daher nicht durch eine Mitwirkungspflicht eingeengt werden darf.

d. Die Mitwirkungspflicht widerspricht dem Einstimmigkeitsprinzip des § 140 HGB

Daß durch das Einstimmigkeitsprinzip des § 140 HGB ein Vorrang der Interessen des einzelnen begründet wird, bestätigt sich, wenn man die Voraussetzungen für die vertragliche Einführung eines Gesellschafterausschlusses durch Mehrheitsbescheid betrachtet. Es ist allgemein anerkannt, daß dort, wo eine gesetzliche Regel Einstimmigkeit verlangt, die Einführung eines Mehrheitsbeschlusses für so ungewöhnliche Maßnahmen wie eine Vertragsänderung unzweideutig auch für diese Maßnahme erfolgen muß. Eine a l l g e m e i n e Bestimmung, daß Gesellschafterbeschlüsse mit Mehrheit gefaßt werden, reicht dafür nicht aus⁴³⁾. Dies gilt auch für den Ausschluß eines Gesellschafters durch Mehrheitsbeschluß⁴⁴⁾. Grund für diese Zurückhaltung bei der Einführung gesetzlich nicht vorgesehener Mehrheitsentscheidungen ist der Schutz der privaten autonomen Entscheidung des einzelnen Gesellschafters⁴⁵⁾. Die Lehre von der Mitwirkungspflicht führt n a c h -

43) Vgl. dazu etwa Fischer in Großkomm. HGB § 119 Rdn. 12; ders., Festschrift Barz S. 33 (41); A. Hueck, OHG § 11 IV, 3 S. 178; RGZ 114 S. 393 (395); BGHZ 8 S. 35 (40ff); BGH WM 1961 S. 301 (302); vgl. schon Boehmer, JR 1949 S. 557 (558); vgl. auch unten S. 185.

44) Vgl. A. Hueck, OHG § 11 IV, 3 S. 178/179; BGHZ 8 S. 40; BGHZ 31 S. 295; vgl. zur Zulässigkeit eines Ausschlusses durch Beschluß S. 183 und die Nachw. dort in Fn. 9.

45) Vgl. allgemein zum Verhältnis Mehrheitsherrschaft - Vertragsfreiheit - Treuepflicht: Fischer, Festschrift Barz S. 33ff, insbes. S. 40ff.

t r ä g l i c h ein dem § 140 HGB fremdes Mehrheitsprinzip auf dem unsicheren Boden der Treuepflicht ein⁴⁶⁾. Sie genügt damit den allgemeinen Anforderungen an die Einführung von Mehrheitsbeschlüssen nicht und beeinträchtigt so die von dem Einstimmigkeitsprinzip in § 140 HGB vorrangig geschützte Entscheidungsfreiheit des einzelnen⁴⁷⁾.

2. Privilegierung des Einzelinteresses des Gesellschafters aus dem Rechtsgedanken der §§ 707 BGB, 3 Abs. 2, 53 Abs. 3 GmbHG, 7 Nr. 1, 18 GenG und 55 Abs. 1 AktG

Nach § 707 BGB ist der Gesellschafter zu einer Erhöhung des vereinbarten Beitrages nicht verpflichtet. Diese Begrenzung der Beitragspflicht ist ein gesellschaftsrechtliches Grundprinzip, das nicht nur für die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft gilt, sondern über §§ 105 II, 161 II HGB auch bei den Personenhandelsgesellschaften, gemäß §§ 3 II, 53 III GmbHG bei der GmbH, nach §§ 7 Nr. 1, 18 GenG bei der Genossenschaft und nach § 55 I AktG bei der Aktiengesellschaft zur Anwendung kommt. Diese Begrenzung der vom Gesellschafter zur Förderung des Gesellschaftszwecks zu erbringenden Leistungen⁴⁸⁾ auf den Umfang der entsprechenden vertraglichen Vereinbarung ist strikt zu interpretieren. Zu Zuschüssen kann ein Gesellschafter - etwa unter Treuepflichtgesichtspunkten - auch dann nicht gezwungen werden, wenn eine verständige Weiterverfolgung des Verbandszwecks durch seine Weigerung unmöglich gemacht wird⁴⁹⁾. Der Gesellschafter ist also in diesem Zu-

46) Vgl. oben S. 104.

47) Vgl. dazu Konzen, AcP 172 S. 317 (338).

48) Vgl. zum Begriff des Beitrags im einzelnen A. Hueck, OHG § 14 S. 205ff; Fischer in Großkomm. HGB § 105 Rdn. 17.

49) Mugdan, Materialien zum BGB S. 333; unter Bezugnahme darauf Kollhoser, Festschrift Westermann, S. 275 (287); Staudinger-Keßler § 707 Rdn. 1.

sammenhang weder zur Rücksichtnahme auf das Verbandsinteresse noch auf die objektiv vernünftigen Belange seiner Mitgesellschafter verpflichtet; seine eigene Entscheidungsfreiheit ist vielmehr Leitlinie des § 707 BGB⁵⁰⁾.

Streift man die Bindung des von dieser Vorschrift geregelten Tatbestandes an die spezielle gesetzliche Norm ab und legt den darin beschlossenen Rechtsgedanken frei, dann ist dieser auch für eine Interessenabwägung im Rahmen der zu untersuchenden Mitwirkungspflicht bei der Ausschlußklage fruchtbar zu machen. Die §§ 707 BGB, 3 Abs. 2, 53 Abs. 3 GmbHG, 7 Nr. 1, 18 GenG und 55 AktG sind Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens der Überschaubarkeit und Begrenztheit der wirtschaftlichen und persönlichen Bindung durch ein Gesellschaftsverhältnis.

Da der Gesellschafter nur unter den im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Bedingungen der Gesellschaft beigetreten ist, können von ihm keine unvorhergesehenen, erhöhten Leistungen zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks verlangt werden⁵¹⁾. Eine Veränderung des Personenbestandes der Gesellschaft durch Ausschluß eines Gesellschafters hat aber für die übrigen regelmäßig nicht nur erhebliche wirtschaftliche, sondern auch persönliche Mehrbelastungen zur Folge. Der Ausgeschlossene erwirbt einen Abfindungsanspruch (§§ 105 Abs. 2 HGB, 738 BGB), der sofort nach seiner Feststellung durch die Abschichtungsbilanz fällig wird und der unter anderem die Auflösung der offenen Reserven erforderlich macht⁵²⁾. Der dadurch eintretende Kapitalab-

50) Vgl. dazu Fischer, Festschrift Barz S. 32 (43); vgl. demgegenüber die vielfach undifferenzierte Bevorzugung des "Gesellschaftsinteresses" etwa durch Becker, NJW 1961 S. 1998 (1999).

51) Staudinger-Keßler § 707 Rdn. 1.

52) Vgl. zu den wirtschaftlichen Folgen des Ausscheidens eines Gesellschafters H. Westermann, Personengesellschaftsrecht Rdn. 426.

fluß muß von den verbleibenden Gesellschaftern aufgefangen werden, durch Eigenleistungen - und seien dies auch nur Gewinneinbußen -, durch Veräußerung von Betriebsmitteln oder durch Aufnahme von Fremdkapital. Bedenkt man weiter, daß auch das Haftungsrisiko der verbleibenden Gesellschafter wächst (§ 128 HGB)⁵³⁾, wird deutlich, daß durch das Ausscheiden eines Gesellschafters Mehrbelastungen für die einzelnen Mitgesellschafter entstehen, zu deren Übernahme sie nach dem Rechtsgedanken des § 707 BGB nicht verpflichtet werden können.⁵⁴⁾

Wenn ein Gesellschafter aber schon diese wirtschaftlichen Mehrbelastungen nicht in Kauf zu nehmen braucht, so kann er erst recht nicht verpflichtet sein, bei personellen Veränderungen sein Eigeninteresse hinter das des Verbandes oder der übrigen Gesellschafter zurückzustellen. Man kann ihn nicht zwingen, ohne die von ihm geschätzte Mitarbeit des Auszuschließenden die Gesellschaft fortzusetzen und dabei womöglich noch teilweise dessen Aufgaben mitzuübernehmen.

Auch mit dem Hinweis auf "objektiv vernünftige" Interessen des Verbandes kann ein Gesellschafter somit nicht zur Mitwirkung an der auf Ausschluß eines Mitgesellschafters gerichteten Klage gezwungen werden.

3. Die Ausschlußbefugnis ist ein eigennütziges Mitgliedschaftsrecht

Für die Beurteilung des Umfangs von Treuepflichten hat sich

53) Vgl. dazu BGHZ 9 S. 157 (177) am Rande.

54) So unter Hinweis auf § 707 BGB für eine Gesellschaftsvertragsanpassung insgesamt Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275 (287); a.A. Pabst S. 174 unter Hinweis auf den Beitragsbegriff und die "Willensrichtung" der Gesellschafter.

im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen eine weitere Unterscheidung eingebürgert, die im Gesellschaftsrecht inzwischen anerkannt ist. Sie geht dahin, daß die Anforderungen an die Rücksichtnahme auf die Interessen der Mitgesellschafter sich danach richten, ob die Ausübung *eigennütziger* oder *fremdnütziger* Rechte (sog. Pflichtsrechte) in Frage steht⁵⁵⁾. Zu den anerkanntermaßen eigennützigen Rechten gehören etwa das Kontrollrecht nach § 118 HGB, das Kündigungsrecht (§ 132 HGB) und das Recht auf Gewinnbeteiligung (§ 121 HGB)⁵⁶⁾. Die Ausübung dieser Rechte kann im Einzelfall durchaus den Interessen der Gesellschaft widersprechen, ohne daß ihre Ausübung unzulässig wäre.

Für die Ausschlußbefugnis wird die Frage soweit ersichtlich nicht gesondert behandelt. Die vergleichbaren Abberufungsrechte (§§ 117, 127 HGB) hält Serwe⁵⁷⁾ für Pflichtrechte. Wenn die Abberufungsbefugnis ein eigennütziges Recht wäre, so meint er, stünde auch jedem Gesellschafter allein das Klagerecht zu; gerade dies aber sei nach der gesetzlichen Regelung nicht der Fall.

Dieser Auffassung Serwes kann nicht gefolgt werden. Die Abberufungsrechte wie auch die Ausschlußbefugnis sind eigennützige Rechte. Der entscheidende Grund dafür liegt freilich wiederum in der grundsätzlichen Erwägung, daß der Ausschluß eines Gesellschafters eine Vertragsänderung ist. Solche die Vertragsposition des einzelnen Gesellschafters betreffenden Rechte sind dem Gesellschafter

55) So schon Hachenburg, LZ 1912 Sp. 459 (466); vgl. auch A. Hueck, Festschrift Hübner S. 81; Kollhosser, Festschrift Westermann S. 278; Ulmer, Festschrift Möhring II S. 295; OGH Köln, MDR 1950 S. 541 (543); Freese S. 156; Brüggemann S. 51; Serwe S. 74.

56) Vgl. statt aller Fischer in Großkomm. HGB § 105 Anm. 31 b.

57) Serwe S. 78; so für die Ausschlußbefugnis wohl auch Schmidt-Hern S. 139.

zu eigenmächtiger Verfügung übertragen⁵⁸⁾. Auch im Rahmen einer Differenzierung in eigennützige Rechte und Pflichtrechte setzt sich bei einer Änderung der Vertragsgrundlagen der Grundsatz der Vertragsfreiheit durch und führt zur Einordnung der Ausschlußbefugnis als eigennütziges Recht. Der Umstand, daß dieses Recht den fortsetzungswilligen Gesellschaftern nur gemeinschaftlich zusteht, kann diesem Ergebnis nicht entgegengehalten werden, im Gegenteil. Auch die Qualifizierung der Ausschlußbefugnis als Gemeinschaftsrecht beruhte nicht zuletzt auf der vertragsändernden Wirkung des Ausschlusses und den dadurch eintretenden Eingriff in die Rechtsstellung jedes einzelnen Gesellschafters⁵⁹⁾. Aufgrund dieser Betroffenheit jedes Gesellschafters in seiner privatautonomen Gestaltungsfreiheit ist ohne ihn keine Ausschlußklage möglich, und aus genau diesem Grund ist jedem einzelnen die Ausschlußbefugnis auch als eigenmächtiges Recht zugeordnet.

Dieses Ergebnis wird weiter verdeutlicht, wenn man die Ausschlußbefugnis in Beziehung zu der Möglichkeit eines jeden Gesellschafters zur Klage auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund setzt. Dieses Verfahren, sich von der Gesellschaft zu lösen, ersetzt in der Personengesellschaft die für die BGB-Gesellschaft in § 723 BGB geregelte Möglichkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund⁶⁰⁾, einem unbestritten eigenmächtigen Recht⁶¹⁾. Verpflichtet man einen Gesellschafter gegen seinen Willen zur Teilnahme an der Ausschlußklage und endet diese mit dem rechtskräftigen Ausschluß eines Mitgesellschafters, dann kann der gegen seinen Willen in der veränderten Gesellschaft Verbliebene diese Veränderung des Personenbestandes der Gesellschaft nicht mehr als wichtigen Grund

58) Vgl. Konzen, AcP 172 S. 337; Ulmer, Festschrift Möhring II S. 300.

59) Vgl. oben S. 21ff.

60) Vgl. Fischer in Großkomm. HGB § 132 Anm. 4.

61) S. o. Fn. 56.

für eine Auflösung geltend machen. Der wichtige Grund dort wird wie der Ausschlußgrund durch eine Abwägung aller beteiligten Interessen festgestellt, und diese Interessenabwägung wäre bereits gegen den unwilligen Gesellschafter ausgefallen. Mit der Anerkennung einer Mitwirkungspflicht des Gesellschafters an der Ausschlußklage nähme man diesem somit auch ein späteres eigennütziges Auflösungsrecht unter Hinweis auf die erfolgte Vertragsänderung. Auch aufgrund dieses Zusammenhangs ist die Ausschlußbefugnis als eigennütziges Recht zu qualifizieren.

Die Ausgangsüberlegung, daß ein Gesellschafter bei Vertragsänderungen nach Eigennutz soll entscheiden können, hat auch in § 35 BGB Anklang gefunden. Danach darf das Sonderrecht eines Vereinsmitglieds auf Zustimmung zu Satzungsänderungen⁶²⁾ nicht durch die Mehrheit beeinträchtigt werden. Man wird dieser Vorschrift bei aller gebotenen Rücksicht auf ihre Besonderheiten doch den allgemeinen Rechtsgedanken entnehmen können, daß bei Eingriffen in vertragliche Positionen eines Gesellschafters die Freiheit des einzelnen Leitgedanke einer Interessenabwägung zu sein hat⁶³⁾.

4. Das Kostenrisiko

In der Diskussion um die Zumutbarkeit einer Mitwirkungspflicht an der Ausschlußklage wird von den Gegnern einer solchen Pflicht vielfach auch auf das bestehende Prozeßrisiko hingewiesen⁶⁴⁾. Durchschlagende Bedeutung kommt

62) Palandt-Danckelmann § 35 Anm. 1.

63) Vgl. dazu in anderem Zusammenhang Spengler, Festschrift Möhring I S. 165 (179); vgl. auch Boehmer, JR 1949 S. 557 (558).

64) A. Hueck, Festschrift Hübner S. 72 (87); abschwächend ders., OHG S. 149 Fn. 92 und ZGR 1972 S. 237 (247); Lindacher, Festschrift Paulick S. 73 (77); vgl. auch Nickel, JuS 1977 S. 14 (18); Pabst S. 166.

diesem Hinweis jedoch nicht zu⁶⁵⁾. Darauf hat bereits Zöllner hingewiesen, wenn er im Zusammenhang mit den Entziehungsklagen meint, daß der Prozeßkostenvorschuß des klageunwilligen Gesellschafters von den anderen gezahlt werden können und diese bei Zahlungsunfähigkeit des Unwilligen auch berechtigt seien, die aufgewendeten Beträge dem Gesellschaftsvermögen zu entnehmen.

Man kann noch weitergehen. Wenn die herrschende Auffassung dem klageunwilligen Gesellschafter aufgrund der Treuepflicht eine Teilnahme an der Ausschlußklage zumutet, dann kann diese Treuepflicht jedenfalls nicht so weit gehen, daß der Gesellschafter die dafür notwendigen Aufwendungen aus seinem Privatvermögen tragen muß. Diese sind vielmehr aus dem Gemeinschaftsvermögen zu ersetzen. Die Zahlung solcher Prozeßkosten sind Aufwendungen zur Förderung der Gesellschaft, zu denen der Gesellschafter vertraglich nicht verpflichtet ist. Sie sind ihm daher nach § 110 HGB zu ersetzen⁶⁶⁾. Daß er diese Aufwendungen nach herrschender Ansicht in Erfüllung einer Treuepflicht macht, steht dem nicht entgegen⁶⁷⁾. Der Gesellschafter ist auch nicht verpflichtet, für diese Aufwendungen zunächst eigene Mittel zu verwenden, sondern kann von vornherein von der OHG einen Vorschuß verlangen (§§ 713, 669 BGB). Erhält er ihn nicht, so kann er auch auf der Grundlage der herrschenden Lehre grundsätzlich die Prozeßführung verweigern⁶⁸⁾. Allerdings trägt der zur Mitwirkung gezwungene Gesellschafter im Falle des Unterliegens bei der Ausschlußklage, oder wenn der Ausgeschlossene zur Kostentragung außerstande ist, als Mitgesellschafter und

65) So insbesondere Hueck selbst in ZGR 1972 a.a.O. und OHG S. 149 Fn. 92.

66) Vgl. dazu A. Hueck, OHG § 15 S. 210ff; Freese S. 165ff (169 173/174, 188).

67) A. Hueck a.a.O. S. 212.

68) Vgl. dazu A. Hueck a.a.O. S. 213; Baumbach-Duden § 110 Anm. 1 E.

Teilhaber am Gesellschaftsvermögen letztlich doch einen Teil der entstandenen Kosten. Diese Belastung fällt angesichts der durch den Ausschluß im übrigen eintretenden wirtschaftlichen Veränderungen⁶⁹⁾ zwar nicht besonders ins Gewicht, immerhin aber bleibt die Kostentragung ein Hinweis unter vielen gegen die Lehre von der Mitwirkungspflicht.

5. Die Folgeprobleme einer Mitwirkungspflicht

Bei der Frage nach einer auf dem Treuegedanken gegründeten Mitwirkungspflicht sind auch die möglichen Spätfolgen eines solchen Vorgehens zu berücksichtigen. Liegen diese im Interesse irgendeines der Beteiligten?

Der Ausgeschiedene hinterläßt in der Gesellschaft eine Lücke, die geschlossen werden muß. Es wird eine Veränderung der Organisation erforderlich⁷⁰⁾, die um so gravierender ist, je mehr Gewicht der Ausgeschlossene in der Gesellschaft hatte. Solche Veränderungen können von bloßen Zweckmäßigkeitseinsparungen bis zu einer Neuverteilung der in der Gesellschaft wahrzunehmenden Funktionen gehen. Die dabei auftretenden Probleme werden besonders signifikant bei den gesetzlich geregelten Positionen und Befugnissen der Gesellschafter.

Wird etwa der einzige Komplementär einer KG ausgeschlossen⁷¹⁾, dann fällt diese in Liquidation. Ihre Rückumwand-

69) Vgl. dazu oben S. 121/122.

70) Vgl. H. Westermann, Handbuch I Rdn. 223 in Zusammenhang mit den Entziehungsklagen.

71) Vgl. zu dieser Möglichkeit BGHZ 6 S. 113 (115); BGH WM 1971 S. 20 (22); OLG Nürnberg WM 1959 S. 710; Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Rdn. 23; H. Westermann, Handbuch I Rdn. 415; Baumbach-Duden § 140 Anm. 1 E; a.A. vor allem Schlegelberger-Geßler § 177 Anm. 17; einschränkend auch Röttemann, NJW 1956 S. 1617 (1620).

lung in eine werbende Gesellschaft erfordert, daß die verbleibenden Gesellschafter sich über einen neuen Komplementär einig werden oder notfalls einen neuen Gesellschafter anstelle des Ausgeschlossenen aufnehmen⁷²⁾. Will man während der Ausschlußklage gegen den einzigen Komplementär keine Schäden für die Gesellschaft riskieren, so sollte außerdem unter Einschränkung des Prinzips der Selbstorganschaft einem allein vertretungsberechtigten Komplementär (§ 170 HGB) für diese Zeit im Wege der einstweiligen Verfügung neben der Geschäftsführungsbefugnis auch die Vertretungsmacht entzogen werden und ein Dritter als Vertreter und Geschäftsführer eingesetzt werden⁷³⁾.

Wenn von zwei Gesamtvertretern einer OHG der eine ausgeschlossen wird, so entfällt damit die Grundlage der Vertretungsregelung insgesamt. Dem verbleibenden Gesellschafter steht nunmehr nicht etwa Alleinvertretungsmacht zu⁷⁴⁾. Auch hier wird eine Neuregelung erforderlich⁷⁵⁾.

Der Ausschluß eines Gesellschafters erfordert aber nicht nur in diesen besonderen Fällen neue Vereinbarungen der verbleibenden Gesellschafter. Bereits der durch Abfindung des Ausgeschlossenen eintretende Kapitalverlust wird in der Regel ändernde Abreden erfordern, die bis zur Aufnahme eines neuen, kapitalkräftigen Gesellschafters führen können⁷⁶⁾. Der ehemalige Gewinnanteil des Ausgeschlossenen muß für die Zukunft entsprechend den Verän-

72) Wie Fn. 71; vgl. insbesondere Ulmer a.a.O.

73) BGHZ 33 S. 105 (108f); vgl. dazu auch A. Hueck, OHG § 20 IV S. 300ff (302); vgl. zur Möglichkeit einstweiliger Maßnahmen ausführlich unten S.

74) BGHZ 41 S. 368 m.w.Nachw.; Fischer in Großkomm. HGB § 127 Anm. 15; A. Hueck, OHG § 10 VII, 9 S. 155; Kollhosser, Festschrift Bärmann S. 533 (550).

75) WieFn. 74; vgl. zur Möglichkeit einer Ausschließung des allein vertretungsberechtigten Gesellschafters noch Buchwald, BB 1961 S. 1342.

76) Vgl. dazu Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Rdn. 22.

derungen in der Aufgabenzuweisung umverteilt werden⁷⁷⁾. Wie will man Einigkeit in diesen Punkten mit einem Mitgesellschafter erzielen, den man klageweise zur Teilnahme an der Ausschußklage zwingen mußte, weil er die Gesellschaft ohne den Auszuschließenden freiwillig nicht fortsetzen wollte? Schon die psychologische Situation ist zur Erzielung von Übereinstimmung mit dem fortsetzungsunwilligen Gesellschafter nicht gerade günstig. Die unterschiedlichen Standpunkte in der Sache werden einander inzwischen ebenfalls kaum näher gerückt sein. Wenn aber über die durch den Ausschluß notwendig gewordenen Änderungen wiederum keine Einigkeit erzielt werden kann, so stellt sich erneut die Frage, ob der ehemals Klageunwillige und nunmehr Änderungsunwillige mit Hilfe der Treuepflicht auf Zustimmung zu der nach anderer Ansicht nötigen Neuregelung gezwungen werden kann, womöglich zugleich mit der Mitwirkungs- und Entziehungsklage⁷⁸⁾.

All diese Schwierigkeiten wollte § 140 HGB mit seinem Erfordernis zur Einigkeit durch das Klageerfordernis sämtlicher übrigen Gesellschafter gerade vermeiden. Sie zeigen, daß man den am Ausgangskonflikt beteiligten Gesellschaftern mit der Anerkennung einer Mitwirkungspflicht an der Ausschußklage nur Steine statt Brot gibt. Der Konflikt wird dadurch nicht behoben, sondern lediglich perpetuiert. Die Mitwirkungspflicht bietet keinem der Beteiligten eine interessengemäße Lösung. Am Ende steht doch der Zwang der Gesellschafter zur privatautonomen Umgestaltung ihrer Beziehung oder zu deren partieller (§ 140 HGB) oder umfas-

77) Vgl. dazu Schlegelberger-Geßler § 117 Rdn. 13 in Zusammenhang mit den Entziehungsklagen.

78) Vgl. zur Verbindung von Entziehungs- und Neuregelungsklage Schreiber S. 114 Fn. 3; vgl. auch A. Hueck, OHG § 10 VII, 9 S. 155; Fischer in Großkomm. HGB § 117 Anm. 36; H. Westermann, Handbuch I Rdn. 223, alle in Zusammenhang mit §§ 117, 127 HGB; vgl. ausführlich auch unten S. 164ff.

sender Beendigung (§ 133 HGB). Vor diese Alternative sollte man die Beteiligten daher schon zu Beginn stellen und die Lehre von der Mitwirkungspflicht bei der Ausschlußklage aufgeben.

V. Ist die Mitwirkungspflicht ein verhältnismäßiges Mittel zur Erhaltung des Unternehmensbestandes?

Der von den Vertretern einer Mitwirkungspflicht an Gesellschaftsvertragsänderungen, und dabei insbesondere am Ausschluß eines Gesellschafters, dem gegenüber immer wieder als entscheidend hervorgehobene Gesichtspunkt ist die mit dieser Pflicht verfolgte Erhaltung des Unternehmensbestandes⁷⁹⁾. Dahinter steht der Gedanke, daß die Mitwirkungspflicht als Eingriffsinstrument in den privatautonomen Bereich des einzelnen Gesellschafters im Verhältnis zu der damit verfolgten Erhaltung des Unternehmensbestandes das angemessene Mittel ist. Angesichts dieser Mittel-Zweck-Relation, so meint man wohl, sei dem Gesellschafter die mit der Mitwirkungspflicht erfolgende Beeinträchtigung seiner Vertragsfreiheit im Ausnahmefall zuzumuten. Während diese Auffassung dabei die ihrer Meinung nach bei Ablehnung einer Mitwirkungspflicht zwingend notwendig werdende Gesellschafterauflösung⁸⁰⁾ zur wirtschaftlichen Katastrophe⁸¹⁾ für das Unternehmen stilisiert, heißt es auf der Gegenseite lapidar, daß die bisweilen hervorgehobene Erhaltung des Unternehmensbestandes vielleicht volkswirtschaftlich sinnvoll, für das Problem

79) Vgl. beispielhaft die Äußerung Fischers in Großkomm. HGB § 105 Rdn. 31 c; ders., NJW 1954 S. 778 und zuletzt Festschrift Barz S. 33 (47); vgl. auch: H.P. Westermann, Festschrift Hefermehl S. 225 (232); Serwe S. 62, 86; Pabst S. 112.

80) Vgl. zur vorherigen Problemlösung über § 140 HGB unten S. 141ff.

81) Vgl. Serwe S. 45; allgemein dazu Reuter, Perpetuierung S. 79.

der Vertragsanpassung aber irrelevant sei⁸²⁾.

Bei der Entscheidung eines Konflikts innerhalb eines Gesellschaftsverhältnisses ist die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme immer im Hinblick auf die beteiligten Interessen zu untersuchen. Das Interesse des einzelnen Gesellschafters an einer freien Bestimmung seiner Verhältnisse könnte dabei durch ein "Unternehmensinteresse" als einem auf Erhaltung und Förderung des Unternehmens gerichteten Begehren⁸³⁾ relativiert werden.

Im Rahmen der früher recht heftigen Diskussion um das "Unternehmen an sich"⁸⁴⁾ ist über den genauen Inhalt des "Unternehmensinteresses" genausowenig Einigkeit erzielt worden wie über die Anerkennung eines Interessenssubjekts "Unternehmen"⁸⁵⁾. Eine nähere Auseinandersetzung mit der Theorie von "Unternehmen an sich" lohnt auch im vorliegenden Zusammenhang nicht mehr⁸⁶⁾. Die wirtschaftliche Bedeutung des Unternehmens als Vermögensanlage für den Eigentümer, als Arbeitsplatz für den Arbeitnehmer, als Kreditunterlage für den Gläubiger und als Keimzelle einer gesun-

82) Konzen, AcP 172 S. 317 (338).

83) Vgl. zum "Unternehmensinteresse" umfassend Zöllner S. 69ff; m.w.Nachw. über die Entwicklung der Diskussion zu diesem Begriff S. 70 Fn. 19; Reuter, Perpetuierung S. 79ff; Reinhard, Festschrift Hueck S. 439ff; vgl. im vorliegenden Zusammenhang noch Serwe S. 41ff; neuerdings wieder T. Raiser in Festschrift für Reimer Schmidt S. 101-119; zur Neuordnung des Unternehmensrechts, Ott, Recht und Realität der Unternehmenskorporation, Tübingen 1977.

84) Vgl. oben Fn. 1 und weitere Nachweise bei Zöllner S. 67 Fn. 1.

85) Vgl. Wiedemann, Festschrift Barz S. 576.

86) So allgemein Zöllner S. 68; Wiedemann, Festschrift Barz S. 561 (576); vgl. auch T. Raiser, Festschrift für Reimer Schmidt S. 101ff, dessen Ausführungen sich wie bei nahezu allen Autoren an der Aktiengesellschaft orientieren.

den Volkswirtschaft ist unbestritten. Dies sollte jedoch - jedenfalls bei dem von einer normtypischen P e r s o n e n gesellschaft betriebenen Unternehmen - nicht zum Anlaß genommen werden, das Unternehmen als einen vom Individualinteresse abgelösten Organismus mit einem eigenen Interessenanspruch anzusehen. Die Tendenz zur Institutionalisierung⁸⁷⁾, wie man sie insbesondere bei von Aktiengesellschaften betriebenen Unternehmen findet, ist bei Personenhandelsgesellschaften, die weitgehend auf der vertrauensvollen Zusammenarbeit der einzelnen Gesellschafter beruhen, nicht in dem Maße gegeben. Macht, Entscheidungsgewalt und Gewinnerzielung befinden sich bei der Personenhandelsgesellschaft in der Hand ihrer Inhaber. Vertragsänderungen, insbesondere Veränderungen in der personellen Zusammensetzung der Gesellschaft, berühren unmittelbar die Interessen der Mitglieder und nicht das Unternehmen als eigenständigen Interessenträger. Andernfalls müßte man im Einzelfall annehmen, daß sich die Interessen der Gesellschaftsmitglieder denen "des Unternehmens" unterzuordnen hätten, die ehemaligen Herren zu Dienern des Unternehmens würden⁸⁸⁾. Das Unternehmen ist nicht Interessenssubjekt, sondern Objekt der verschiedensten Interessen⁸⁹⁾. Als kleinster Organismus der Gesamtwirtschaftsordnung steht es dabei den Allgemeininteressen besonders nahe⁹⁰⁾. Entsprechend der besonderen wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmens für diesen Personenkreis sind als weitere Interessenträger neben den Inhabern des Unternehmens die

87) Vgl. zu diesem Ausgangspunkt der Theorie vom Unternehmen Zöllner S. 68.

88) Vgl. H.P. Westermann, Festschrift Hefermehl S. 232.

89) Zöllner S. 70ff (72); vgl. auch Reuter, Perpetuierung S. 82; a.A. zuletzt T. Raiser, Festschrift für Reimer Schmidt S. 101 (111 Fn. 38).

90) Vgl. Zöllner S. 77; Reuter, Perpetuierung S. 79; vgl. zu Zöllner Wiedemann, Festschrift Barz S. 576.

Gläubiger und Arbeitnehmer zu nennen⁹¹⁾.

Es liegt auf der Hand, daß angesichts dieser Vielschichtigkeit⁹²⁾ der auf das Objekt "Unternehmen" gerichteten Interessen das Unternehmen als richtungsweisender Ordnungsfaktor ausscheidet⁹³⁾. "Das Unternehmen" ist nicht der Integrationsfaktor, mit dessen Hilfe die Interessenkonflikte der daran Beteiligten sich plötzlich ausräumen ließen. Insbesondere auch der Interessenkonflikt zwischen zwei Gesellschaftsgruppierungen über die Zusammensetzung ihrer Gesellschaft erledigt sich nicht mit dem Blick auf ein "übergeordnetes Bestes für das Unternehmen". Der Konflikt wird damit nur verlagert.

Will man die hinter dem Schlagwort vom Unternehmensinteresse versteckten wirtschafts- und sozialpolitischen Interessen - verstanden als auf Erhaltung und Förderung des Unternehmens gerichtetes Streben - ⁹⁴⁾ überhaupt in die Entscheidung des eigentlichen Interessenkonflikts einbeziehen, so muß man diese Bestandsschutzgesichtspunkte entsprechend den vom Gesetzgeber vorgegebenen Wertungen in die Waagschalen der am Konflikt unmittelbar beteiligten Gesellschafter legen⁹⁵⁾. Dabei könnte dann die Entscheidung zugunsten desjenigen ausfallen, der die Position "Bestandserhaltung" auf seiner Seite hat.

91) Vgl. Zöllner S. 74, 76; zum Verhältnis Unternehmen/ öffentliches Interesse vgl. Reinhardt, Festschrift Hueck S. 439, insbesondere S. 442ff.

92) Auch T. Raiser a.a.O. S. 108 betont die Komplexität und Multidimensionalität der Größe "Unternehmensinteresse".

93) Vgl. Zöllner S. 78; Reuter, Perpetuierung S. 82; vgl. auch H.P. Westermann, NJW 1977 S. 2185 (2186).

94) Zu diesem individual-psychologischen Begriffsansatz vgl. T. Raiser a.a.O. S. 116.

95) Vgl. zur Methode Hubmann, AcP 155 S. 85 (107); vgl. auch Zöllner S. 59, 73, 78; Reuter, Perpetuierung S. 79; vgl. dazu auch H.P. Westermann, NJW 1977 S. 2185(2186)

Untersucht man, ob der Gesetzgeber im vorliegenden Zusammenhang für die Erhaltung des Unternehmensbestandes und aus diesem Grund im Einzelfall gegen das Individualinteresse eines der beteiligten Gesellschafter votiert wissen will, so läßt sich nicht leugnen, daß Bestandschutzüberlegungen in den gesellschaftsrechtlichen Regelungen ihren Niederschlag gefunden haben. § 140 HGB selbst ist Ausdruck des Bemühens, eine Auflösung der Gesellschaft und die damit verbundene Liquidation des Unternehmens unter ganz bestimmten Voraussetzungen zu vermeiden⁹⁶⁾. Der gleiche Gedanke leitete den Gesetzgeber bei § 142 HGB, wonach ein einzelner Gesellschafter das Unternehmen allein fortführen kann. Auch die den Gesellschaftern in § 138 HGB ermöglichte Fortsetzung der Gesellschaft bei Ausscheiden eines Gesellschafters dient der Erhaltung des Unternehmens; das gleiche gilt hinsichtlich § 141 HGB. Gleichzeitig aber demonstrieren diese Vorschriften die grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers, den Interessen des einzelnen Gesellschafters den Vorzug einzuräumen vor der Erhaltung der Gesellschaft selbst und des von ihr geführten Unternehmens⁹⁷⁾. Die Gesellschaft und damit der erfolgreiche Fortbestand des von ihr betriebenen Unternehmens hängt von der Person des Gesellschafters ab, nicht aber soll umgekehrt der Freiheitsraum des einzelnen durch "das Unternehmen" eingeengt werden. Gesellschaftskonkurs, Tod, Konkurs und Kündigung eines Gesellschafters sowie die Kündigung eines Gesellschaftsgläubigers führen zur Auflösung einer OGH (§§ 131 Nr. 3, 4, 5, 6, 135 HGB) und damit zu einer Neuuzuordnung des von ihr betriebenen Unterneh-

96) Vgl. dazu schon oben S. 11.

97) Vgl. Ulmer in Großkomm. HGB § 131 Rdn. 80; vgl. auch Pabst S. 112, der seine gegenteilige These zu Unrecht unter Hinweis auf Ulmer a.a.O. begründet.

mens⁹⁸⁾ mittels Übertragung der jeweiligen Vermögensgegenstände. Das Recht der Personenhandelsgesellschaften stellt damit auf deren personelle Struktur ab und läßt den Umstand, daß diese Gesellschaft Träger eines wirtschaftlichen Unternehmens ist, selbst dann unbeachtet, wenn dessen Weiterbestehen bedroht ist. Auch § 140 HGB will die zur Liquidation führende Gesellschaftsauflösung *a u s n a h m s w e i s e* nur dann vermeiden, wenn *a l l e* übrigen Gesellschafter über die Fortsetzung der Gesellschaft ohne den Ausgeschlossenen einig sind⁹⁹⁾. Insgesamt zeigt sich somit, daß der gesetzgeberische Grund für die verfolgte Erhaltung der Gesellschaft und des von ihr betriebenen Unternehmens auch hier letztlich das Interesse der fortsetzungswilligen Gesellschafter selbst ist.

Bleibt zu fragen, wie groß das vom Gesetzgeber in Kauf genommene Risiko einer Zerschlagung der im Unternehmen verkörperten Werte überhaupt ist, wenn es ausnahmsweise zu einer Auflösung der Gesellschaft kommt¹⁰⁰⁾, weil ein Gesellschafter seine Mitwirkung an einer Ausschlußklage verweigert.

Die Anhänger einer Mitwirkungspflicht zur Vertragsanpassung überschätzen diese Gefahr. Die Auflösung der Gesellschaft führt regelmäßig nicht zur Zerschlagung des von ihr betriebenen, noch lebensfähigen Unternehmens, sondern zu seiner Veräußerung im ganzen¹⁰¹⁾. Je geschlossener das Unternehmen als Organisation im Verhältnis zu seinen einzelnen Bestandteilen ist, umso unwahrscheinlicher ist es, daß ein solches, wirtschaftlich gesundes Unternehmen mit der Auflösung der Gesellschaft ebenfalls liquidiert wird¹⁰²⁾.

98) Vgl. Baumbach-Hueck § 131 Anm. 1 A; vgl. dazu schon in anderem Zusammenhang oben S. 107 f.

99) Vgl. dazu schon oben S. 11.

100) Vgl. zur Konfliktlösung durch Ausschluß unten S. 141 f.

101) Vgl. Ulmer in Großkomm. HGB § 142 Rdn. 13; Reuter, Perpetuierung S. 142; Zöllner S. 55; Sandrock, JR 1969 S. 323.

102) Vgl. dazu Reuter a.a.O.

Mit der Veräußerung des Unternehmens im ganzen wird regelmäßig ein höherer Erlös erzielt, als mit einem stückweisen Ausverkauf seiner einzelnen Gegenstände. Das gesamte Organisationsgefüge - Belegschaft, Betriebsanlagen, betriebsspezifisches know how und - unter Vorbehalt - auch der good will des Unternehmens - bleibt auf diese Weise erhalten und stellt einen Mehrwert gegenüber den Einzelgegenständen dar. Man kann hier also auf eine entsprechende wirtschaftlich vernünftige Liquidationsentscheidung der Beteiligten vertrauen, die damit nur ihren eigenen Interessen nachkommen¹⁰³⁾. Außerdem sind die Liquidatoren bzw. Gesellschafter auch verpflichtet, den Liquidationsweg zu wählen, der den größtmöglichen Überschuß gewährleistet, also regelmäßig die Veräußerung des Unternehmens als ganzes¹⁰⁴⁾. In einer Zeit starker Konzentrationsbestrebungen in der Wirtschaft, insbesondere auch der Tendenz zur Bildung von Mischkonzernen, fehlt es auch kaum an einem Markt für Unternehmen¹⁰⁵⁾, wie Reuter meint¹⁰⁶⁾. Bei einer Gesellschaftsauflösung kommt es daher regelmäßig nur zu einem Zuordnungswechsel "des Unternehmens", der sich auf dessen wirtschaftlichen Bestand nicht auswirkt. Die vom Gesetzgeber allein hingegenommene Gefahr, daß in Ausnahmefällen der durch stückweise Veräußerung des Unternehmens erlöste geringere Betrag nur langfristig und weniger effektiv in die Volkswirtschaft reinvestiert wird, ist also denkbar gering.

Aus den daraus vereinzelt entstehenden gesamtwirtschaftlichen und sozialpolitischen Unzuträglichkeiten kann somit insgesamt nichts dafür hergeleitet werden, daß ein einzelner Gesellschafter verpflichtet ist, gegen seinen Willen

103) Vgl. Zöllner S. 55; Reuter S. 142.

104) Vgl. Sandrock, JR 1969 S. 323 (324); OLG Hamm, BB 1954 S. 913; RGZ 158 S. 226 (232-235).

105) Vgl. dazu Sandrock a.a.O.

106) Vgl. Reuter S. 142/143.

an einer Ausschlußklage teilzunehmen und dann in anderer als der vereinbarten personellen Zusammensetzung seine Gesellschafterstellung aufrechtzuerhalten, um dadurch eine mögliche Auflösung der Gesellschaft zu verhindern¹⁰⁷⁾.

Auch die im Einzelfall bezweckte Erhaltung des Unternehmensbestandes läßt eine Mitwirkungspflicht des unwilligen Gesellschafters an der Ausschlußklage somit nicht als verhältnismäßigen Eingriff in dessen Vertragsfreiheit erscheinen. Es bleibt bei der vom Gesetzgeber bestimmten Bevorzugung der Interessen des einzelnen.

VI. Ist die Mitwirkungspflicht als mildestes Mittel zur Konfliktlösung erforderlich?

Will man aber dem Selbstbestimmungsrecht des einzelnen Gesellschafters den Vorrang einräumen und ihn keiner Mitwirkungspflicht an der Ausschlußklage unterwerfen, so muß man sich fragen lassen, ob man damit nicht das mildeste Mittel¹⁰⁸⁾ zur Konfliktlösung überhaupt verwirft.

Um die Frage nach der Erforderlichkeit der Mitwirkungslösung beantworten zu können, müssen zunächst die übrigen zur Diskussion stehenden Vorschläge zur Problemlösung auf ihre Tauglichkeit und gegebenenfalls auf ihre Eingriffsintensität untersucht werden.

1. Duldungspflicht statt Mitwirkungspflicht?

Der Vorschlag Lindachers¹⁰⁹⁾, die Gebundenheit des mitwir-

107) Vgl. zum Ergebnis ausdrücklich BGH WM 1973 S. 990 (992); unter Hinweis darauf auch Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275 (281).

108) Vgl. zum Grundsatz der Erforderlichkeit oder "des mildesten Mittels" oben S. 102.

109) Lindacher, Festschrift Paulick S. 73 (78ff).

kungsunwilligen Gesellschafters zum Anlaß für eine Duldungspflicht zu nehmen, stellt in m a t e r i e l l e r Hinsicht keinen qualitativen Unterschied zur herrschenden Meinung dar. Während diese den unwilligen Gesellschafter zur aktiven Mitwirkung zwingt, will Lindacher ihn zu duldender Hinnahme des Ausschlusses verpflichten. Die dadurch eintretende Veränderung für die Beteiligten ist vornehmlich kosmetischer Natur. Dies gilt insbesondere angesichts der Tendenz der herrschenden Auffassung, die Mitwirkungspflicht des unwilligen Gesellschafters auf eine Zustimmung¹¹⁰⁾ zur Durchführung der Ausschlußklage durch die übrigen Gesellschafter im Wege der gewillkürten Prozeßstandschaft zu beschränken¹¹¹⁾. Die damit verbundene Aktivität des unwilligen Gesellschafters stellt im Verhältnis zu einer Duldungspflicht keine Mehrbelastung dar. In beiden Fällen handelt es sich um einen Eingriff in die Vertragsfreiheit des Betroffenen. Lindachers Variante macht die Unzulässigkeit dieses Eingriffs lediglich besonders deutlich, soll der "Duldungspflichtige" doch in ein neues Vertragsverhältnis gezwungen werden, ohne auch nur formal an seinem Zustandekommen mitgewirkt zu haben. So ist der Vorschlag Lindachers wohl auch vornehmlich als Versuch gedacht, die prozessualen Probleme der herrschenden Meinung zu beheben.¹¹²⁾

2. Die Schadenersatzlösung

Der Hinweis auf einen möglichen Schadenersatzanspruch gegen den zu Unrecht seine Mitwirkung verweigernden Gesell-

110) Vgl. dazu ausführlich oben S. 57ff.

111) Serwe S. 133, jetzt auch BGHZ 68 S. 81.

112) Vgl. Lindacher S. 76, 77, 78 und dazu unten S. 180. vgl. zu den prozessualen Schwierigkeiten der h.M. unten S. 164ff.

schafter¹¹³⁾ ist ebensowenig geeignet, der Mitwirkungspflicht ihre Erforderlichkeit abzusprechen. Ein solcher Anspruch setzt seinerseits die Anerkennung einer Mitwirkungspflicht voraus. Nur deren Verletzung vermag einen Schadenersatzanspruch zu begründen.

Außerdem kann man nicht annehmen, daß ein solcher Erstattungsanspruch auf Naturalrestitution in Form einer Nachholung der Mitwirkung gerichtet ist, sondern nur auf Ersatz der durch die Weigerung entstandenen wirtschaftlichen Schäden für die Gesellschaft. Abgesehen von Schwierigkeiten bei der Schadensberechnung¹¹⁴⁾ würden durch einen solchen Anspruch auch nur nachträglich die Symptome eines Problems kuriert¹¹⁵⁾, das es grundsätzlich zu lösen gilt. Der Hinweis auf einen Schadenersatzanspruch der klagwilligen Gesellschafter verweist also auf eine Scheinlösung¹¹⁶⁾.

3. Klage auf Feststellung des wichtigen Grundes in der Person des Auszuschließenden

Da die Weigerung des Mitwirkungsunwilligen vielfach in einer anderen Einschätzung des Fehlverhaltens des Auszuschließenden liegt, könnte man auf den Ausweg verfallen, zunächst mit einer Klage der ausschlußwilligen Gesellschafter gegen den Betroffenen vom Gericht feststellen zu lassen, daß dessen Fehlverhalten einen wichtigen, den Ausschluß rechtfertigenden Grund darstellt.

Den Klägern fehlt für die Erhebung einer solchen Fest-

113) Vgl. dazu RGZ 162 S. 388 = DR 1940 S. 721 mit Anmerkung Herschel.

114) Vgl. Kohler NJW 1951 S. 5 (7).

115) Vgl. Herschel DR 1940 a.a.O. S. 722.

116) So schon Serwe im Zusammenhang mit den Enziehungsklagen S. 51.

stellungsklage jedoch schon das erforderliche Feststellungsinteresse, da das Gesetz in § 140 HGB die grundsätzliche Möglichkeit eröffnet, sofort auf die Gestaltung selbst zu klagen. Auch wenn der Vorrang einer Klage auf die begehrte Leistung oder Gestaltung vor der entsprechenden Feststellungsklage kein Dogma ist, so kann davon doch nur abgewichen werden, wenn die Feststellungsklage im Einzelfall zu einer Vereinfachung führt, etwa indem sie Prozeßhäufungen vermeidet¹¹⁷⁾. Derartige prozeßökonomische Gründe fehlen hier. Eine solche "Vorprüfung" im Wege der Feststellungsklage wäre keineswegs eine Garantie für die Mitwirkung eines hartnäckig unwilligen Gesellschafters, so daß die Anzahl der Prozesse durch eine solche Feststellungsklage unter Umständen sogar vermehrt würde.

Hinzu kommt, daß im Hinblick auf die entsprechende Gestaltungsklage auch an einer solchen Feststellungsklage alle Gesellschafter mitwirken müssen, sofern nicht im Gesellschaftsvertrag besondere Regelungen vorgesehen sind¹¹⁸⁾. Andernfalls würde man die Wertung des § 140 HGB unterlaufen. Die Gründe, die zur Teilnahme aller an der Ausschlußklage geführt haben, gelten auch für einen entsprechenden Feststellungsantrag. Auch wenn das Feststellungsurteil die Rechtslage nicht unmittelbar umgestaltet, stellt es doch die gemeinschaftsrechtliche Ausschlußbefugnis der Gesellschafter fest und kann daher nur gegenüber allen und unter Beteiligung aller übrigen Gesellschafter ergehen. Ein Feststellungsinteresse bloß eines Teils der übrigen Gesellschafter fehlt vor allem deshalb, weil die nicht mitwirkenden Gesellschafter von der Rechtskraft eines al-

117) Rosenberg-Schwab § 94 III, 1c S. 491 für das Verhältnis zwischen *L e i s t u n g s -* und Feststellungsklage.

118) So im Ergebnis wohl auch H. Westermann, Handbuch I Rdn. 220; zur Feststellungsklage in Verbindung mit vertraglichen Zusatzvereinbarungen vgl. unten S. 196.

lein auf deren Antrag hin ergehenden Urteils nicht erfaßt würden. Eine spätere Klage des Betroffenen gegen die zunächst abseits stehenden Gesellschafter auf Feststellung, daß ein Ausschlußgrund in seiner Person nicht besteht, könnte so mit einem entgegengesetzten Urteil enden. Außerdem muß auch bei der Feststellungsklage allen Gesellschaftern rechtliches Gehör eingeräumt werden; nur dann kann der wichtige Grund mit der nötigen Gerechtigkeitsgewähr festgestellt werden.

Eine vorgezogene Feststellungsklage über den wichtigen Grund in der Person des Auszuschließenden ist also ohne hinzutretende vertragliche Vereinbarungen zur Problemlösung nicht geeignet.

4. Der Ausschluß des mitwirkungsunwilligen Gesellschafters als weniger einschneidende Lösung

Wie also soll eine Gesellschaft, in der sich ein Mitglied gegen jede wirtschaftliche Vernunft weigert, an dem objektiv gerechtfertigten Ausschluß eines Mitgesellschafters teilzunehmen, fortgesetzt werden? Wie soll in krassen Fällen der Zerstörung jeglicher Vertrauensbasis zwischen dem Auszuschließenden und der Mehrzahl der übrigen Gesellschafter¹¹⁹⁾ eine gedeihliche Fortführung der Gesellschaft

119) Man denke etwa an den Ausschluß eines Gesellschafters wegen versuchten Totschlags an einem Mitgesellschafter wie im Fall RGZ 162 S. 388 (390) = JW 1940 S. 721 mit Anm. Herschel DR 1940 S. 721.

ermöglicht werden, wenn nicht durch das Postulat einer Mitwirkungspflicht?

Die Gegner der Mitwirkungspflicht fordern berechtigterweise eine Besinnung auf das Gesetz und verweisen auf die dort vorgesehene Möglichkeit, den sich gegen eine personelle Veränderung der Gesellschaft durch Ausschluß eines Mitgesellschafters sperrenden Gesellschafter ebenfalls nach § 140 HGB auszuschließen¹²⁰⁾, bevor man es zu einer Auflösung der Gesellschaft kommen läßt.

Daß dieser prozessual mögliche¹²¹⁾ Lösungsweg grundsätzlich erfolgsversprechend ist, wird man inzwischen nicht mehr bestreiten können¹²²⁾. Der gegenteiligen Auffassung *Serwes* und *Lindachers*¹²³⁾ kann insoweit nicht gefolgt werden. Sie meinen, wenn man davon ausginge, daß es sich hier um eine Änderung der gesellschaftsrechtlichen Grundlagen handle, über die jeder Gesellschafter frei entscheiden könne, dann erfolge die Weigerung, die Gesellschaft ohne den Auszuschließenden fortzusetzen, gerade zu Recht. Diese Weigerung könne

120) OLG Nürnberg WM 1958 S. 710 (712); BB 1958 S. 1001; Kollhosser, NJW 1976 S. 144 (145); ders., Festschrift Westermann S. 275 (281ff, 283); vgl. A. Hueck, OHG § 29 I, 2c S. 443; ders., Festschrift Hübner S. 88; Lehmann, 2. Auflage S. 139; Schlegelberger-Geßler § 117 Rdn. 7, § 127 Rdn. 6, § 140 Rdn. 9; Weipert, RGRK-HGB § 117 Anm. 11; vgl. aber auch ders. § 140 Anm. 14 und § 127 Anm. 5; vgl. auch Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 35; andeutungsweise bei einer besonderen Konstellation auch Henckel S. 99; vgl. zu dieser Möglichkeit auf Seiten der h.M. noch: Herschel, DR 1940 S. 721 (722); auch BGHZ 64 S. 253 = NJW 1975 S. 1410 (1411) unter Hinweis auf Lindacher, Festschrift Paulick S. 73 (75); a.A. Lehmann-Dietz S. 145, 181; Serwe S. 46/47; Kohler, NJW 1951 S. 6; Zöllner S. 348; Lindacher, Festschrift Paulick a.a.O. Vgl. auch Wieland I S. 715 Fn. 9.

121) Vgl. dazu oben S. 35ff.

122) Offen gelassen BGHZ 64 S. 253 = NJW 1975 S. 1410 (1411).

123) Lindacher, Festschrift Paulick S. 73 (75); Serwe S. 63; Schramm S. 73.

also auch keinen wichtigen Grund in der Person des sich weigernden Gesellschafters liefern.

Dem ist bereits zu Recht entgegengehalten worden, daß § 140 HGB einen objektiv wichtigen Grund für den Ausschluß ausreichen läßt, nicht aber ein Verschulden oder ein rechtswidriges, treuepflichtwidriges Verhalten voraussetzt¹²⁴). Wenn festgestellt wurde, daß der klageunwillige Gesellschafter in dieser seiner Entscheidung frei, ihm eine Teilnahme am Ausschluß des Mitgesellschafters unzumutbar ist, dann steht damit nicht auch fest, daß den übrigen Gesellschaftern ihrerseits die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Unwilligen noch zumutbar ist. Die vorzunehmende Interessenabwägung kann gerade ergeben, daß den übrigen Gesellschaftern die Fortsetzung der Gesellschaft zu den bestehenden personellen Konditionen unzumutbar ist, dem Unwilligen eine Weiterarbeit zu den in Aussicht genommenen veränderten Bedingungen aber gleichwohl nicht aufgezwungen werden darf. Einigung oder Trennung ist dann das Gebot der Stunde. Die Trennung kann auch dadurch erfolgen, daß der Mitwirkungsunwillige zusammen mit dem aus der Gesellschaft primär Auszuschließenden ausgeschlossen wird, wenn für diesen Ausschluß ein o b j e k t i v wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher wichtiger Grund kann etwa darin liegen, daß die Gesellschaft ohne den primär verfolgten Ausschluß wirtschaftlich nicht mehr lebensfähig ist, die Verweigerung einer Mitwirkung an diesem Ausschluß also ebenfalls objektiv unvernünftig ist.

Der Ausschluß des klageunwilligen Gesellschafters ist jedoch nicht nur ein gangbarer Weg, sondern auch die im Verhältnis zur Mitwirkungsverpflichtung vorrangige gesetzliche Vertragsanpassungsmöglichkeit¹²⁵) mit der vor allem

124) Kollhosser, NJW 1976 S. 144 (145); so auch schon Zöllner S. 238 Fn. 29; unentschlossen Pabst S. 159.

125) Für eine Subsidiarität der Vertragsanpassung durch Mitwirkungspflicht im Verhältnis zur gesetzlichen

für den Unwilligen geringeren Eingriffsintensität¹²⁶⁾. Als milderer Mittel empfiehlt sich die Ausschußlösung einmal, weil sie die Beteiligten zu einer sachbezogenen Prüfung ihrer Position zwingt; den Unwilligen, weil er von dem mit im Einzelfall erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen verbundenen Ausschuß bedroht ist¹²⁷⁾, die übrigen Gesellschafter, weil durch den Ausschuß eines Mitglieds der Verband jeweils eine mehr oder weniger empfindliche Kredit- und Liquiditätseinbuße erleidet¹²⁸⁾. Als weniger einschneidender Eingriff stellt sich die Ausschußlösung für den Betroffenen aber vor allem deshalb dar, weil sie ihm die freie Entscheidung darüber beläßt, ob er die Gesellschaft verlassen will, anstatt ihn zur weiteren Mitwirkung und damit zur Übernahme von a n - d a u e r n d e n neuen Leistungspflichten zu zwin-

125) (Fortsetzung)

Regelung des § 140 HGB vor allem auch Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275 (287); Reuter, ZGR 1976 S. 94 in bezug auf die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage; für das vergleichbare Verhältnis Wegfall der Geschäftsgrundlage / Kündigung Hilger, BB 1957 S. 296 (299) und Stötter, DB 1966 S. 809 (812) unter Hinweis auf BGH LM Nr. 15 zu § 242; Soergel-Siebert-Knopp § 242 Rdn. 400; Kollhosser, Festschrift Westermann S. 279 Fn. 13; Staudinger-Weber § 242 Anm. E 316, 324, 325; a.A. zum Verhältnis Kündigung / Wegfall der Geschäftsgrundlage Ganßmüller, DB 1965 S. 1893 (1897); differenzierend zur Gesellschaftsvertragsanpassung auch Konzen, AcP 1972 S. 336.

126) Vgl. dazu Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275 (283); a.A. ausdrücklich H. Westermann, Handbuch I Rdn. 242, 412 und OLG Bremen, NJW 1972 S. 1952 (1954) im Verhältnis zum Wegfall der Geschäftsgrundlage; vgl. dazu auch BGHZ 4 S. 112; Sandrock, JR 1969 S. 323 (328); Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 18.

127) Darin sieht Kollhosser a.a.O. einen wesentlichen Vorzug dieser Lösung; vgl. dagegen H.P. Westermann, Festschrift Hefermehl S. 225 (234) und auch Schmidt-Hern S. 137.

128) vgl. Zöllner S. 348.

gen¹²⁹⁾. Der klageunwillige Gesellschafter kann jederzeit seinen Widerstand gegen den Ausschluß seines Mitgesellschafters aufgeben und damit dem eigenen Ausschluß entgehen. Besonders wichtig ist in diesem Zusammenhang, daß der Mitwirkungsunwillige sich auch noch nach Erlaß eines gegen ihn ergangenen Ausschlußurteils, während der Rechtsmittelfrist, zur Teilnahme am Ausschluß eines Mitgesellschafters entschließen kann und die gegen ihn gerichtete Klage in der Hauptsache für erledigt erklären kann. Lediglich in letzter Instanz muß er seine Entscheidung **v o r** Erlaß des Urteils treffen, und auch das dürfte nicht schwerfallen, wenn das Gericht ihm einen Hinweis auf den Prozeßausgang gibt¹³⁰⁾. Diese Möglichkeit erweitert seine Entscheidungsgrundlage und erleichtert eine mögliche Einigung der über den primär verfolgten Ausschluß zerstrittenen Parteien. Nach Erlaß des Ausschlußurteils weiß der Mitwirkungsunwillige, daß das Gericht einen wichtigen Grund in der Person des erstrangig Auszuschließenden als gegeben ansieht. Seine eigene andere Beurteilung dieses Umstands und die Ungewißheit über den Verfahrensausgang, die ihn vielfach bei seinem Widerstand gegen den Ausschluß des Mitgesellschafters geleitet haben, entfallen durch die richterliche Klärung. Damit kennt der Unwillige alle für seinen Entschluß relevanten Gesichtspunkte und wird eher geneigt sein, mit den übrigen Gesellschaftern weiter an einem Strang zu ziehen¹³¹⁾. Beharrt er auf seiner Meinung, dann verläßt er die Gesellschaft aufgrund eines freien gesicherten Entschlusses und nimmt die wirtschaftlichen Nachteile sowie den "Makel",

129) Vgl. dazu im Zusammenhang mit der Kündigung von Dauerrechtsverhältnissen Ulmer, Festschrift Möhring II S. 295 (303).

130) Kollhosser, NJW 1976 S. 144 (145).

131) Das verkennt Schmidt-Hern S. 137.

ausgeschlossen worden zu sein bewußt in Kauf ¹³²⁾.

In dieser Möglichkeit, ein "Angebot" zur Fortsetzung der Gesellschaft in geänderter Zusammensetzung annehmen zu können oder den Verband verlassen zu müssen, ist ein gewisser Anklang an das Institut der Änderungskündigung ¹³³⁾ zu erkennen. Auch dort wird eine Vertragsanpassung angeboten, bevor es zur Kündigung kommt. Auch dort kann die angebotene Vertragsanpassung hingegen nicht erzwungen werden.

Die Ablehnung einer Mitwirkungspflicht und der Verweis auf die Ausschußlösung als dem für den unwilligen Gesellschafter milderen Mittel, ist auch den fortsetzungswilligen Verbandsmitgliedern zumutbar. Wenn der unwillige Gesellschafter so kapitalstark ist, daß die Gesellschaft ohne ihn nicht lebensfähig ist, dann müssen sich die übrigen Gesellschafter fragen, ob sie zur Erhaltung dieses Kapitals nicht auch den ihnen in erster Linie mißliebigen Gesellschafter in Kauf nehmen können und wollen. Dem wirtschaftlich dominierenden unwilligen Gesellschafter ist jedenfalls nicht zuzumuten, in einer ihm von den anderen Gesellschaftern diktierten personellen Zusammensetzung zu arbeiten ¹³⁴⁾ und zu investieren. Das Ergebnis - keine Möglichkeit zur Unterordnung des wirtschaftlich stärksten Partners durch eine Mitwirkungspflicht und aus wirtschaftlichem Eigeninteresse auch kein Ausschuß - entspricht den Strukturen der Gesellschaft, in die sich die fortsetzungswilligen Gesellschafter freiwillig und sicher nicht

132) Der Vorschlag von Haarmann S. 238ff (241), ihn unter der Bedingung auszuschließen, daß er nicht doch noch seine Mitwirkung erklärt, ist daher nicht nur grundsätzlich bedenklich (vgl. unten S. 172 und die Hinweise dort in Fn. 33), sondern angesichts dieser Situation auch unnötig.

133) Vgl. zu deren Besonderheiten etwa Zöllner, Arbeitsrecht S. 167.

134) So zu Recht Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275 (285); vgl. dazu auch Tillmann, DB 1974 S. 1705 (1709).

ohne Grund begeben haben.

Ist der mit dem Ausschluß des unwilligen Gesellschafters verbundene Kapitalabfluß für die übrigen dagegen ohne Bedeutung, so wiegen die ihnen aus dem Ausschluß resultierenden Unannehmlichkeiten nicht schwerer als die durch eine Mitwirkungsklage¹³⁵⁾ entstehenden Probleme¹³⁶⁾.

Eine Mitwirkung des unwilligen Gesellschafters an der Ausschußklage ist somit auch nicht erforderlich. Zugunsten der das Selbstbestimmungsrecht aller Beteiligten berücksichtigenden und keinen von ihnen übermäßig belastenden Ausschußlösung sollte daher darauf verzichtet werden.

VII. Mitwirkungspflicht und richterliche Gestaltungsmacht

Das gefundene Ergebnis bestätigt sich beim Blick auf Person und Aufgabe des Schöpfers der von der herrschenden Meinung angenommenen Mitwirkungspflicht¹³⁷⁾.

Der Richter ist bei seinen Wert- und Ordnungsentscheidungen im Urteil an die generelle Wertung des Gesetzes gebunden¹³⁸⁾. Er kann nicht seine eigene Wertung an die Stelle einer gesetzlich vorgegebenen Gerechtigkeitsidee setzen¹³⁹⁾. Die generelle Wertentscheidung des Gesetzge-

135) Vgl. dazu oben S. 127

136) So auch Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275 (285).

137) Vgl. zur Befugnis des Richters zur Rechtsfortbildung Larenz, Methodenlehre S. 417ff.

138) Vgl. dazu H. Westermann, Richterliche Streitentscheidung S. 12.

139) H. Westermann, a.a.O. S. 25; so grundsätzlich im vorliegenden Zusammenhang auch BGHZ 44 S. 40 (44); vgl. auch Baur, JZ 1957 S. 193ff.

bers bei einem Konflikt zwischen den Gesellschaftern über den Ausschluß eines Mitgesellschafters lautet: Alle nicht selbst verklagten Gesellschafter müssen an der Ausschlußklage mitwirken; verweigert einer der Gesellschafter seine Mitwirkung, so bleibt es entweder bei dem bisherigen Vertragszustand oder aber die übrigen Gesellschafter schließen auch den Unwilligen aus, oder aber es kommt als ultima ratio zur Auflösung der Gesellschaft¹⁴⁰⁾. Der Richter ist hingegen nicht legitimiert, das Instrument der Ausschlußklage unter Hinweis auf die Treuepflicht auch für die Fälle handhabbar zu machen, in denen ein Gesellschafter seine Mitwirkung verweigert¹⁴¹⁾. Gestaltungsermächtigungen haben Ausnahmecharakter¹⁴²⁾, so daß bei ihrer Ausweitung besondere Zurückhaltung geboten ist. Dies gilt im vorliegenden Fall um so mehr, als der Mitwirkungspflichtige durch die Gestaltung gezwungen wird, in einer personell und wirtschaftlich neu strukturierten Gesellschaft zu verbleiben, in der er sich andauernden neuen Pflichten ausgesetzt sieht¹⁴³⁾. Der Treuepflicht fehlen für eine derartige Ausweitung der Ermächtigung des Richters nach § 140 HGB die erforderlichen festen Konturen¹⁴⁴⁾.

140) Vgl. dazu Kollhosser, Festschrift Westermann, S. 275 (287).

141) Vgl. dazu Larenz, Geschäftsgrundlage S. 133ff (167); Canaris S. 432 Fn. 42.

142) Schlosser S. 280; Rosenberg-Schwab § 85 II vor 1. S. 146; vgl. auch Rothe, AcP 151 S. 33ff.

143) Vgl. dazu Soergel-Siebert-Knopp, § 242 Rdn. 415, wonach keine ganz neuen Pflichten geschaffen werden dürfen; vgl. auch das sogenannte Volkswagenurteil, BGH NJW 1952 S. 137 = JR 1952 S. 145 als Höhepunkt richterlicher Vertragsgestaltung; vgl. auch die Warnung Essers, JZ 1956 S. 555 (556) vor "richterlichem Interventionismus".

144) Canaris a.a.O.; Bergmann, ZHR 105 S. 1 (11).

Diese enge Interpretation der dem Richter vom § 140 HGB eingeräumten Ermächtigung rechtfertigt sich, wenn man sieht, wie vorsichtig der Gesetzgeber allgemein in der Ermächtigung des Richters zur Gestaltung privater Rechtsverhältnisse war. Die §§ 117, 127, 140, 133 HGB geben ihm lediglich *n e g a t i v e* Eingriffsbefugnisse¹⁴⁵⁾. Solche, lediglich zu Abstrichen an privatautonomen Regelungen ermächtigende negative Gestaltungsbefugnisse des Richters sind die gesetzliche Regel¹⁴⁶⁾. Zu nennen sind hier etwa die Klage auf Aufhebung der Güterstände (§§ 1386/1388, 1469/1470, 1495/1496 BGB), der Antrag auf Ehescheidung (§ 1564 BGB), die Klagen auf Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung einer Ehe (§§ 23, 29 EheG), die Ehelichkeitsanfechtungsklage (§§ 1594, 1595a, 1596 BGB), die Erbunwürdigkeitsklage (§ 2342 BGB) und die Anfechtungsklage bei Hauptversammlungsbeschlüssen (§§ 243ff AktG). In den Fällen, in denen das Gestaltungsurteil einen positiv gestaltenden Inhalt aufweist, ist die positive Gestaltungsmöglichkeit entweder von vornherein ganz eng begrenzt - wie etwa beim Urteil auf Erteilung der Vollstreckungsklausel (§ 731 ZPO) oder beim Vollstreckungsurteil nach § 722 ZPO -, oder aber sie ist zwar in das richterliche Ermessen gestellt, hat aber keine Fortwirkung wie bei der Festsetzung der Vertragsstrafe (§ 343 BGB), der Erlösteilung (§ 660 I, 2 BGB), der Auseinandersetzungsanordnung (§ 2048 BGB) oder der Abänderung einer wiederkehrenden Leistung nach § 323 ZPO¹⁴⁷⁾.

Durch den mit Hilfe einer Mitwirkungspflicht ermöglichten Ausschluß führt der Richter eine Vertragsumgestaltung herbei, die nicht schon im Sinne des Vertrages selbst begründet ist¹⁴⁸⁾. Er orientiert sich nicht mehr an der Ge-

145) Vgl. Kollhosser, Festschrift Westermann, S. 275 (287).

146) Vgl. dazu Lukes, JR 1960 S. 41 (44).

147) Lukes a.a.O.

148) Vgl. Larenz, Geschäftsgrundlage S. 168.

rechtigkeitsidee der privatautonom gesetzten Regelung der Parteien in ihrem Zusammenspiel mit dem Gesetz und überschreitet damit die ihm eigentümliche Aufgabenstellung¹⁴⁹⁾. Ob es ohne den nach dem Willen eines Teils der Gesellschafter Auszuschließenden überhaupt zum Zusammenschluß gekommen wäre, kann der Richter nicht ermitteln. Ebenso wenig kann er feststellen, wie nach Ansicht der Parteien bei einem Konflikt über den Ausschluß eines bestimmten Gesellschafters verfahren werden sollte. Der Richter kann also keine vom Vertrag vorgegebene Wertentscheidung zu Ende denken¹⁵⁰⁾ und ist deshalb auf die generelle Wertung des Gesetzes in § 140 HGB zu verweisen.

VIII. Zwischenergebnis: Der Treuegedanke rechtfertigt eine Mitwirkungspflicht an der Ausschlußklage nicht

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, daß die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht den Gesellschafter einer Personenhandels-gesellschaft nicht verpflichtet, an der Ausschlußklage gegen einen Mitgesellschafter mitzuwirken.

Die erfolgreiche Ausschlußklage hat eine Änderung des Personenbestandes der Gesellschaft zur Folge. Die Frage einer Teilnahme an dieser Klage ist damit von besonderem Gewicht und durch ihren personalen Bezug auch so höchstpersönlicher Natur, daß der einzelne sie in eigener Ver-

149) Vgl. dazu Larenz a.a.O.; Canaris S. 432/433; vgl. zur Aufgabenverteilung im Prozeß noch Kollhosser, JZ 1973 S. 8 (12).

150) Vgl. Reuter, ZGR 1976 S. 88 (94); das Primat der Vertragsautonomie betont auch Esser, JZ 1956 S. 555 (557); Zurückhaltung des Richters in allen Bereichen, in denen die Parteien ihre Angelegenheiten selbst regeln können, fordert auch Esser-Schmidt § 8 III, 2 S. 93.

antwortlichkeit muß entscheiden können. Eine weitere Zweckverfolgung in veränderter personeller Zusammensetzung ist dem Gesellschafter gegen seinen Willen nicht zumutbar. Die Anerkennung einer Mitwirkungspflicht bedeutet einen Eingriff in die Privatautonomie des Betroffenen, der unverhältnismäßig und angesichts der gesetzlich vorgesehenen und allein interessengerechten Konfliktlösung durch § 140 HGB auch nicht erforderlich ist. Mit der Anerkennung einer Mitwirkungspflicht aufgrund des Treuegedankens überschreitet der Richter schließlich ohne Not die ihm ausnahmsweise eingeräumte Gestaltungsermächtigung des § 140 HGB. Unter Rückbesinnung auf die vom Gesetz vorrangig angebotene Ausschlußlösung ist diese Mitwirkungslehre daher aufzugeben.

§ 5 Läßt sich eine Mitwirkungspflicht an der Ausschlußklage auf die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage stützen?

Bevor man eine erneute, selbständige Untersuchung der Frage unternimmt, ob die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage anders als die Treuepflichtlehre eine Pflicht zur Mitwirkung an der Ausschlußklage zu begründen vermag, ist das Verhältnis dieser beiden Institute zueinander zu untersuchen. Sollte sich ergeben, daß es sich dabei nur um zwei Aspekte der Anwendung von § 242 BGB handelt, die sich auf die gleichen allgemeinen Grundsätze zurückführen lassen und daher vergleichbare Voraussetzungen und gleiche Rechtsfolgen haben, so kommt auch eine Mitwirkungspflicht wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht in Betracht.

Zum Verhältnis von Treuepflicht und Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Anpassung von Gesellschaftsverträgen allgemein werden im wesentlichen drei verschiedene Thesen vertreten. K o l l h o s s e r ¹⁾ ist der Auffassung, daß die Sonderregeln der gesellschaftsrechtlichen Treuepflichtlehre die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage verdrängen. Die Voraussetzungen beider Lehren seien nur insoweit i d e n t i s c h, als der eine Anpassung begründende Umstand nicht vorhersehbar gewesen sein dürfte. U n t e r s c h i e d l i c h seien die beiden Institute aber in der Weise, daß bei der Treuepflicht auch außerhalb der Geschäftsgrundlage liegende Umstände für die Vertragsanpassung in Betracht kämen und andererseits die Treuepflicht eine strengere Abwägung verlange, weil das Anpassungsbedürfnis größer sein müsse als beim Wegfall der Geschäftsgrundlage. Soweit Pabst ²⁾ demgegenüber meint, daß sich "für den Bereich der Geschäftsgrundlage" "ein Verhältnis der Spezialität mit Vorrang der Lehre von der Geschäftsgrundlage" ergebe, kann dies nicht als Gegenthese verstanden werden. Er beschränkt seine Betrachtung auf Veränderungen im Bereich der Geschäftsgrundlage und trifft so keine generelle Entscheidung über das Konkurrenzverhältnis. Wie seinen Ausführungen an anderer Stelle ³⁾ zu entnehmen ist, will er anscheinend doch dem Bundesgerichtshof ⁴⁾ folgen, der beide Institute kumulativ ⁵⁾ nebenein-

1) Festschrift Westermann, S. 275 (280); Festschrift Bärman S. 533 (546)

2) Pabst S. 178.

3) Vor allem S. 88.

4) BGHZ 10 S. 44 (51) = NJW 1953 S. 1548 = DNotZ 1953 S. 539 = LM Nr. 3 zu § 161 HGB mit Anm. Fischer; BGHZ 44 S. 40 = NJW 1965 S. 1960; BGH WM 1956 S. 351 (352) = BB 1956 S. 221 = DB 1956 S. 301; vgl. auch BGHZ 46 S. 392, umfassender in NJW 1967 S. 1081 (1082); in diesem Sinne wohl auch Ganssmüller, DB 1966 S. 1505 (1509) Fn. 26.

5) Vgl. zur Konkurrenz mehrerer Rechtssätze insgesamt Larenz, Methodenlehre S. 250ff (253).

ander prüft. H.P. Westermann stellt schließlich die These auf, daß die Zustimmungspflicht zur Anpassung des Gesellschaftsvertrages sich "als gesellschaftsrechtsspezifische Ausprägung der Lehre vom Fortfall der Geschäftsgrundlage" darstelle⁶⁾ und zur Lösung konkreter Einzelfälle das jeweils passendere Institut heranzuziehen sei. Er meint, daß die Voraussetzungen richterlichen Eingreifens nicht wesentlich voneinander abwichen und daher nicht zwischen verschiedenen Graden der Notwendigkeit einer Vertragsanpassung differenziert werden könne⁷⁾.

Eine Entscheidung über das Verhältnis der beiden Anpassungsmethoden zueinander hat anhand ihres teleologischen Zusammenhangs und weniger anhand des formal-logischen Verhältnisses ihrer Tatbestände zu erfolgen⁸⁾. Bei einer Gegenüberstellung der beiden Institute auf dem Boden der herrschenden Meinung von der Mitwirkungspflicht ergibt sich zunächst als übereinstimmende **R e c h t s - f o l g e** die grundsätzliche Pflicht zur Vertragsanpassung. **R e c h t s g r u n d l a g e** beider außerhalb des Gesetzes entwickelter Institute ist § 242 BGB⁹⁾. Auch der Vergleich der **V o r a u s s e t z u n g e n** der beiden Lehren ergibt weitgehende Übereinstimmungen. Einmütige Zustimmung erfährt man sicherlich, wenn man das

6) H.P. Westermann, Festschrift Hefermehl S. 225 (240); in diesem Sinne wohl auch: OLG Bremen, NJW 1972 S. 1952; Fischer, Festschrift Barz S. 46/47; Serwe S. 85/86; Stötter, DB 1966 S. 809 Fn. 7; unklar: Konzen, AcP 172 S. 339; Freese S. 90; Pabst S. 81, 89; nicht aber Ganssmüller, wie dessen Ausführungen in DB 1966 S. 1505 (1509) Fn. 26 gegen Stötter ergeben; unrichtig daher der Hinweis von H.P. Westermann a.a.O. Fn. 49 gegen Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275 (280); offen gelassen wird die Konkurrenz von Emmerich in JuS 1973 S. 186 (187) bei der Bespr. von OLG Bremen a.a.O.

7) H.P. Westermann, a.a.O. S. 239.

8) Vgl. dazu Larenz, Methodenlehre S. 250ff (251, 252).

9) Für die Treuepflicht vgl. oben S. 91 m.w.Nachw. in Fn. 12; für die Geschäftsgrundlage vgl. Larenz, Geschäftsgrundlage S. 156 ff (160).

bei der Geschäftsgrundlage vorausgesetzte Merkmal der Unvorhersehbarkeit der eingetretenen Veränderung auch bei der Treuepflichtlehre verlangt¹⁰⁾. Damit zusammen hängt ein weiterer Gesichtspunkt: wenn einem Gesellschafter das Risiko für einen bestimmten Vertragsumstand aufgebürdet wurde, kann er bei dessen Verwirklichung keine Risikoverlagerung auf seine Mitgesellschafter nach den Grundsätzen von Geschäftsgrundlage¹¹⁾ oder Treuepflicht¹²⁾ vornehmen.

Der bei der Geschäftsgrundlagenlehre geforderten "schweren Äquivalenzstörung"¹³⁾ kann man bei der Treuepflichtlehre die "Notwendigkeit" einer Vertragsanpassung im Gesellschaftersinteresse gegenüberstellen^{14) 15)}. Wird der von einem Partner verfolgte Geschäftszweck zur gemeinsamen Geschäftsgrundlage und ist diese Zweckverfolgung¹⁶⁾ beeinträchtigt, so ergeben sich aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsgrundlage möglicherweise Anpassungspflichten hinsichtlich des Schuldverhältnisses. Die Gefährdung des ohnehin gemeinsam verfolgten Geschäftszwecks löst nach herrschender Lehre aufgrund des Treuegedankens Zweckförderungspflichten¹⁷⁾ aus, die grundsätzlich zur Vertragsanpassung führen können. Der vielfach er-

10) So ausdrücklich Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275 (280); H.P. Westermann a.a.O. S. 239; BGH WM 1973 S. 990 (992); Fischer in Großkomm. HGB Rdn. 31c a.E.

11) Vgl. Larenz, Geschäftsgrundlage S. 195.

12) H.P. Westermann a.a.O.

13) Vgl. dazu Larenz, Geschäftsgrundlage S. 84ff.

14) Vgl. dazu H.P. Westermann a.a.O. S. 239, der Äquivalenzstörung und "Unternehmensinteresse" gegenüberstellt

15) Vgl. zum "Unternehmensinteresse" aber die eigenen Ausführungen oben S. 130 ff

16) Vgl. noch zur Zweckvereitelung Larenz a.a.O. S. 141ff.

17) Zur Zwecktreue siehe oben S. 95 und 113.

teilte Hinweis darauf, daß die Treuepflicht auch Umstände berücksichtigt, die nicht Geschäftsgrundlage sind¹⁸⁾, führt letztlich nicht zu einem Unterschied zwischen beiden Lehren. Nach den Grundsätzen vom Wegfall der Geschäftsgrundlage gibt nur die Veränderung solcher Umstände Anlaß zur Vertragsanpassung, die nicht lediglich einseitige Vorstellung einer Partei geblieben, sondern gemeinsame Geschäftsgrundlage geworden ist¹⁹⁾. Ebenso kann die Treuepflichtlehre nur dann zu einer Vertragsanpassung nötigen, wenn eine Veränderung solcher Umstände eintritt, die im Rahmen der gemeinsamen Zweckverfolgung liegen.

Für eine Vertragsanpassung nach der Treuepflichtlehre können daher schon bei überwiegend formaler Betrachtung keine anderen Maßstäbe angelegt werden als beim Wegfall der Geschäftsgrundlage²⁰⁾. Dies bestätigt die Untersuchung des hinter beiden Instituten stehenden Wertzusammenhangs. Beide Male geht es um die Frage, ob und inwieweit in das Selbstbestimmungsrecht eines einzelnen zugunsten einer objektiven Vertragsgerechtigkeit eingegriffen werden kann. Ihre Beantwortung erfolgt jeweils unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten, also aufgrund einer Abwägung der unterschiedlichen Interessen- und Risikolage im Wege einer aus § 242 BGB fließenden richterlichen Gestaltungsbefugnis²¹⁾.

18) Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275 (280).

19) Vgl. dazu im einzelnen Esser-Schmidt § 24 I S. 267.

20) Für eine Übereinstimmung der grundsätzlichen Voraussetzungen beider Institute auch Serwe S. 85ff (86).

21) Vgl. dazu insbesondere hinsichtlich der Treuepflichtlehre oben S. 99 und noch Soergel-Siebert-Knopp § 242 Rdn. 41, 413; Staudinger-Weber § 242 Rdn. B 104; BGH LM Nr. 12 zu § 242; Larenz, Geschäftsgrundlage passim, insbes. S. 123; unter kritischer Auseinandersetzung mit dem von der Rspr. zur Geschäftsgrundlage verwendeten Zumutbarkeitskriterium, Esser § 36 II S. 236.

Daß die Lehre von der Geschäftsgrundlage in einer langen Entwicklung anhand bestimmter Fallgruppen dieses allgemeine Zumutbarkeitskriterium in konkretere Merkmale aufgelöst hat, um reinen Billigkeitserwägungen entgegenzuwirken²²⁾, vermag diese Lehre nicht grundsätzlich von dem Treuepflichtgedanken zu unterscheiden, der seinerseits noch mit allgemeineren und zum Teil formal andersartigen Kriterien operiert. Die Treuepflicht ist - im Vergleich zur Geschäftsgrundlage - noch auf dem Wege zu einer dem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis mit gemeinsamer Zweckverfolgung maßgerechteren Form der Vertragsanpassung. In dieser Ausrichtung auf unterschiedliche Anwendungsbereiche "unterscheiden" sich die beiden Lehren, ohne sich jedoch deshalb auf ihren angestammten Bereichen gegenseitig auszuschließen.

Aus dieser grundsätzlichen Übereinstimmung beider Lehren ergibt sich, daß eine Mitwirkungspflicht an der Ausschlußklage auch nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht in Betracht kommt. Die in Zusammenhang mit der Treuepflichtlehre erörterten Bedenken gegen eine besondere Mitwirkungspflicht gelten auch hier.

Die personelle Anpassung eines Gesellschaftsverhältnisses erfolgt durch § 140 HGB. Ist dieses vorrangige Anpassungsinstrument infolge der Mitwirkungsverweigerung eines Gesellschaftsmitglieds unanwendbar, so kann dem nur mit einer Ausschlußklage auch gegen diesen Gesellschafter abgeholfen werden, nicht aber mit dessen Zwangsteilnahme nach der Lehre von der Geschäftsgrundlage.

22) Vgl. für die Geschäftsgrundlage Larenz, Geschäftsgrundlage S. 55.

§ 6 Keine Mitwirkungspflicht des einzelnen Gesellschafters an den Entziehungsklagen (§§ 117, 127 HGB)

Auch zu einer Mitwirkung an den Entziehungsklagen ist der einzelne Gesellschafter entgegen der Überwiegenden Meinung¹⁾ nicht verpflichtet²⁾.

Wie der Ausschluß eines Mitgesellschafters nach § 140 HGB, so stellt auch die Entziehung von Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis nach §§ 117, 127 HGB eine Vertragsänderung dar³⁾. Gegen seinen Willen an dieser Grundlagenänderung mitzuwirken, ist dem einzelnen im Hinblick auf den Grundsatz der Privatautonomie nicht zuzumuten. Auch hier besteht für die klagewilligen Gesellschafter mit § 140 HGB ein vorrangiges gesetzliches Vertragsanpassungsinstrument, so daß eine Mitwirkung des Unwilligen aufgrund der Treuepflicht nicht erforderlich ist. Die Überlegungen, die bei der Ausschlußklage zur Ablehnung der Mitwirkungspflicht geführt haben⁴⁾, sind auf die vergleichbaren Entzie-

1) Vgl. zum allgemeinen Streitstand bereits umfassend oben S. 85 Fn. 1 und 2, zu den Entziehungsklagen aber ausdrücklich noch: Fischer, NJW 1954 S. 777 (780); ders., NJW 1959 S. 1057; ders. in Großkomm. HGB § 117 Rdn. 15; Baumbach-Duden § 117 Anm. 1 D; Weipert in RGRK-HGB § 117 Anm. 11; Serwe S. 102; H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit S. 221ff.

2) So im Ergebnis auch Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 117 Anm. 6; Schlegelberger-Geßler § 117 Rdn. 6, 13 und § 127 Rdn. 6; Heymann-Kötter § 117 Anm. 2; A. Hueck, OHG § 10 VII, 4 S. 148; ders., ZGR 1972 S. 237 (246); ders., Festschrift Hübner S. 72 (87, 88); ders., Treuegedanke S. 18/19; Lehmann, 2. Aufl. S. 112; Gogos S. 68; Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275 (284).

3) Vgl. Fischer in Großkomm. HGB § 117 Anm. 12; vgl. aber auch daselbst Anm. 2 und § 116 Anm. 2 a.

4) S. o. S. 106ff.

hungsklagen weitestgehend übertragbar⁵⁾.

I. Keine Mitwirkungspflicht an einer Vertragsänderung von Geschäftsführung und Vertretung als den entscheidenden Funktionen in der Gesellschaft

Das Ergebnis einer erfolgreichen Ausschlußklage ist eine Veränderung der personellen Zusammensetzung der Gesellschaft. Ergebnis erfolgreicher Entziehungsklagen ist eine personelle Umbesetzung der wesentlichen Funktionen der Gesellschaft. Die Bedeutung des Personenbestandes für die Gesellschaft dort und das Gewicht der Einzelpersönlichkeit in ihrer jeweiligen Funktion als Geschäftsführer oder Vertreter hier führen zur Ablehnung einer Mitwirkungspflicht an einer Änderung dieser Vertragsregelungen⁶⁾.

Die besondere Bedeutung der Vertretung der Gesellschaft und damit die Bedeutsamkeit der personellen Besetzung dieser Funktion, ergibt sich bereits aus § 128 HGB. Die Geschäftsführungsbefugnis (§ 114 HGB) steht dahinter kaum zurück, ist sie doch nur der Aspekt interner Verantwortlichkeit einer Handlung, die in § 128 HGB aus dem Blickwinkel ihrer externen Wirksamkeit betrachtet wird⁷⁾. Der Abschluß von Rechtsgeschäften im Rahmen des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens, Personal-

5) So umgekehrt wohl auch Serwe S. 24, dessen Hinweis auf das Verhältnis von §§ 117, 127 und § 140 HGB untereinander in diesem Zusammenhang allerdings unangebracht erscheint; für den Sonderfall der Familiengesellschaft, aber auch wohl allgemein Pabst S. 188 (beide vom Boden der h.M.); differenzierend Flume, Gesellschaftsrecht § 15 III, S. 274.

6) Vgl. dazu ausführlich oben S. 160ff.

7) Vgl. zum Unterschied Geschäftsführung / Vertretung der Gesellschaft Fischer in Großkomm. HGB § 114 Anm. 2 c.

entscheidungen, Organisationsentscheidungen, Entscheidungen über die Anlage von Gewinnen und andere Maßnahmen zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks⁸⁾ geben dem Geschäftsführer oder Vertreter der Gesellschaft eine erhebliche Rechtsmacht, in die Interessensphäre eines jeden Mitgesellschafters einzugreifen. Diesen umfassen den Einwirkungsmöglichkeiten von Geschäftsführer und Vertreter muß die Möglichkeit einer freien Entscheidung des einzelnen Mitgesellschafters bei der Besetzung dieser Funktionen gegenüberstehen. Das Postulat einer Mitwirkungspflicht an den Entziehungsklagen ließe diese Interdependenz unbeachtet und beeinträchtigte so die Privatautonomie des einzelnen Gesellschafters.

II. Die Entziehung von Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht als subjektive Entscheidung des einzelnen

Die Gründe, die eine Teilnahme an der Ausschlußklage als eine höchst subjektive Entscheidung erscheinen lassen⁹⁾, gelten auch bei den Entziehungsklagen. Geschäftsführer und Vertreter bestimmen die Geschäftspolitik des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens. Sie treffen dabei weitreichende, alle Beteiligten angehende wirtschaftliche Entscheidungen und werden dazu von ihren Mitgesellschaftern aufgrund ihres fachlichen Könnens und ihrer persönlichen Integrität ausgesucht. Die Auswahl ist daher vornehmlich eine Frage des persönlichen Vertrauens und als solche einer objektiven Beurteilung unzugänglich. Ob das Fehlverhalten eines Geschäftsführers zum Anlaß für eine Abberufung genommen werden soll, muß jeder Gesellschafter subjektiv, in eigener Einschätzung der Person des Abzuberufenden entscheiden können. Einer immanenten Ver-

8) Vgl. dazu im einzelnen Fischer in Großkomm. HGB § 114 Anm. 2 a und § 116 Anm. 2.

9) Siehe dazu oben S. 110ff.

tragspflicht zur vorrangigen Förderung eines objektiven Gesellschaftszwecks ist er dabei nicht unterworfen¹⁰⁾. Erst wenn unter a l l e n übrigen Einigkeit über diese Maßnahme besteht, soll der Richter entscheiden können, ob das behauptete Fehlverhalten eines Gesellschafters eine Entziehung der entsprechenden Befugnis nicht nur zweckmäßig, sondern auch rechtmäßig erscheinen läßt.

III. Eine zwangsweise Mitwirkung an den Entziehungsklagen ist dem einzelnen Gesellschafter nicht zumutbar

Auch bei den Entziehungsklagen ergibt eine Interessenabwägung, daß dem einzelnen Gesellschafter eine Mitwirkungspflicht daran nicht zugemutet werden kann, mag man diese nun auf den Treuepflichtgedanken¹¹⁾ oder die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage stützen wollen¹²⁾.

Nimmt man diese Interessenanalyse zunächst wiederum am Maßstab der einschlägigen gesetzlichen Regelungen selbst vor, so ergibt sich auch hier eine Betonung des Individualinteresses. Die Beachtung des "unbedingten Zutrauens" des einzelnen Mitglieds in die Person des Geschäftsführers oder Vertreters und die Sicherheit, daß andere, subjektiv weniger vertrauenswürdige Mitgesellschafter von diesen Funktionen vertragsgemäß ausgeschlossen bleiben¹³⁾, wird von den §§ 117, 127 HGB garantiert. Wie § 140 HGB verlangen auch diese Vorschriften eine Klage a l l e r übrigen Gesellschafter. Die Regelung des Widerspruchsrechts in § 115 HGB zeigt,

10) Vgl. dazu die Ausführungen oben S. 13ff.

11) Vgl. dazu oben S. 89ff.

12) Vgl. dazu oben S. 151ff.

13) Vgl. dazu in anderem Zusammenhang die Motive S. 58.

daß der einzelne Gesellschafter, es sei denn, er ist ebenfalls Geschäftsführer, nicht allein, und eventuell von anderen Mitgliedern sachlich abweichend, in die Geschäftsführung eingreifen kann¹⁴⁾. Er ist vielmehr auf § 117 HGB und somit auf eine Einigung mit allen übrigen Gesellschaftern beschränkt¹⁵⁾. Auch insoweit wirkt also die einmal im Gesellschaftsvertrag getroffene Regelung fort; die privatautonome Entscheidung aller für eine Geschäftsführung durch ganz bestimmte Mitgesellschafter kann nicht gegen den Willen eines einzelnen überspielt werden.

Das in §§ 117, 127 HGB geregelte Einstimmigkeitsprinzip kann auf der Grundlage der Treuepflicht genauso wenig abgeändert werden wie bei der Ausschlußklage¹⁶⁾.

Auch hier spricht der in den §§ 707 BGB, 3 II, 53 III GmbHG, 7 Nr. 1, 18 GenG und 55 AktG zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke der Überschaubarkeit und Begrenztheit der wirtschaftlichen Bindung durch ein Gesellschaftsverhältnis für den Vorrang der Interessen des einzelnen bei seiner Entscheidung über die Erhebung einer Entziehungsklage¹⁷⁾. Der Vertreter kann jeden einzelnen Gesellschafter rechtsgeschäftlich verpflichten, und auch der Geschäftsführer hat im internen Bereich Entscheidungen mit erheblichen wirtschaftlichen Konsequenzen für die Gesellschaft zu treffen. Werden diese Positionen gegen den Willen des einzelnen mit Mitgesellschaftern besetzt, deren wirtschaftliche Risikobereitschaft größer ist und die andere unternehmerische Prioritäten setzen, so verändert sich seine wirtschaftliche Bindung unter Umständen in einem zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses

14) Das Widerspruchsrecht ist Teil der Geschäftsführung, vgl. Fischer in Großkomm. HGB § 115 Anm. 8.

15) Vgl. Fischer a.a.O. Anm. 4 a.

16) Vgl. dazu oben S. 119f.

17) Vgl. im Rahmen der Ausschlußklage oben S. 120ff.

nicht vorhersehbaren Umfang. Jeder Mitgesellschafter muß daher die Entziehungsbefugnis als eigennütziges Recht¹⁸⁾ frei ausüben können.

Schließlich wurde schon ausgeführt, daß der bestehende Konflikt mit der Entziehung der jeweiligen Handlungsbefugnis nicht ausgestanden ist. Regelmäßig wird eine Neuregelung dieser Befugnisse erforderlich, wobei dann oftmals mit dem Entziehungsunwilligen wiederum keine Einigung erzielt werden kann. Auch zu dieser Vertragsänderung müßte der Unwillige nach herrschender Auffassung mit Hilfe der Treuepflicht gezwungen werden. Auf diese Weise würde der Konflikt immer wieder vertagt, um am Ende doch nur mit Hilfe einer privatautonomen Entscheidung der Beteiligten selbst gelöst oder nach § 140 oder § 133 HGB beendet werden zu können¹⁹⁾.

IV. Die Mitwirkungspflicht ist auch bei den Entziehungsklagen weder verhältnismäßig noch erforderlich

Genausowenig wie bei der Ausschlußklage rechtfertigt auch hier der Hinweis auf eine mögliche Gefährdung des Unternehmensbestandes den in der Mitwirkungspflicht an den Entziehungsklagen liegenden Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen²⁰⁾. Die Regelungen des Personenhandelsgesellschaftsrechts zeigen, daß der Gesetzgeber das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen weniger als erhaltenswerte Einheit betrachtet und vielmehr vorrangig die Interessen der einzelnen Personen gewahrt wissen will²¹⁾. Hinzu kommt, daß die Gefahr einer

18) Vgl. dazu schon oben S. 122ff.

19) Vgl. dazu umfassend oben S. 127ff.

20) Vgl. dazu oben S. 130ff.

21) Vgl. oben S. 132.

Unternehmenszerschlagung selbst im Falle der Gesellschaftsauflösung weit geringer ist als dies von den Anhängern von Vertragsanpassungspflichten gemeinhin angenommen wird²²⁾.

Auch Uneinigkeiten im Fall der Erhebung von Entziehungsklagen sind mit dem gesetzlich vorgesehenen Instrument des § 140 HGB interessengerecht und unter gleichmäßiger Beachtung von Vertragsgerechtigkeit und Privatautonomie zu lösen. Es ist daher nicht erforderlich²³⁾, den unwilligen Gesellschafter zur Mitwirkung an einer solchen Klage zu verpflichten, weder unter dem Aspekt der Treuepflicht noch unter dem der Geschäftsgrundlage.

V. Keine Ausweitung der richterlichen Gestaltungsmacht durch Anerkennung einer Mitwirkungspflicht

Wie bei der Ausschlußklage führt auch bei den Entziehungsklagen die Anerkennung einer Mitwirkungspflicht schließlich zu einer Ausweitung richterlicher Gestaltungsmacht, die angesichts des Ausnahmecharakters von Gestaltungsermächtigungen und deren enger Ausgestaltung durch den Gesetzgeber unzulässig ist²⁴⁾.

Insgesamt sollte daher auch bei den Entziehungsklagen die Lehre von der Mitwirkungspflicht zugunsten der Ausschlußlösung aufgegeben werden.

22) Vgl. oben S. 135f.

23) Vgl. dazu oben S. 137ff.

24) Vgl. dazu ausführlich oben S. 147ff.

4. Teil

Die prozessualen Probleme der Mitwirkungslehre

§ 1 Problematik und Meinungsstand

Anders als der hier favorisierten Ausschußlösung¹⁾ stehen der verfahrensrechtlichen Verwirklichung einer Mitwirkungspflicht auch unüberwindliche prozessuale Hindernisse entgegen.

Da ist zunächst das **Z e i t p r o b l e m**. In der bisherigen Untersuchung hat sich die Beteiligung aller Gesellschafter an Ausschuß- und Entziehungsklagen als Zulässigkeitsvoraussetzung erwiesen²⁾. Als Prozeßvoraussetzung aber muß die Mitwirkung aller spätestens im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, nicht aber erst bei Erlaß des Urteils vorliegen³⁾. Ihr Fehlen hindert bereits den Eintritt des Gerichts in eine Sachprüfung⁴⁾. Daraus zieht man auf der einen Seite folgerichtig die Konsequenz, daß zunächst der Teilnahmeunwillige durch rechtskräftiges Urteil zur Mitwirkung verurteilt werden muß und erst dann, in einem **z w e i t e n** Prozeß, der Ausschuß oder die Entziehung betrieben werden kann⁵⁾.

1) Vgl. zu deren prozessualer Verwirklichung ausführlich oben S. 35ff.

2) Vgl. oben S. 30ff.

3) Grundsätzlich dazu: Rosenberg-Schwab § 97 V, 4 S. 510; im vorliegenden Zusammenhang Ulmer, Festschrift Geßler S. 269 (281); Kollhosser, NJW 1976 S. 144.

4) Rosenberg-Schwab § 97 I, 2 S. 510; Ulmer a.a.O. S. 282 und oben S. 31.

5) So schon Weipert, RGRK-HGB § 117 Anm. 13; in diesem Sinne auch Ulmer, Festschrift Geßler a.a.O.; ders., JZ 1976 S. 97 (98); ausdrücklich Kollhosser, NJW 1976 S. 144.

Eine Beachtung der genannten prozessualen Grundprinzipien macht die Mitwirkungslehre damit praktisch unbrauchbar. Die Mitwirkungsklage, gerichtet auf ihre mildeste⁶⁾ Form einer Ermächtigung der übrigen Gesellschafter zur gewillkürten Prozeßstandschaft⁷⁾, dauert bei Ausschöpfung des Instanzenzuges erfahrungsgemäß nicht unter vier Jahren. Etwa denselben Zeitraum muß man für die Ausschluß- oder Entziehungsklage hinzurechnen⁸⁾. Am Ende des langen Marsches durch die Instanzen steht dann ein Prozeßergebnis, das von den Ereignissen der Zeit regelmäßig überholt sein wird⁹⁾.

Aus prozeßökonomischen Gründen setzte sich daher die überwiegende Ansicht in der Literatur¹⁰⁾ über diese "theoretischen Anzweiflungen"¹¹⁾ hinweg und gestattet eine Verbindung von Mitwirkungs- und Ausschluß- bzw. Entzie-

6) Zum Prinzip des mildesten Mittels bei gesellschaftsrechtlichen Repressionen vgl. Kollhosser, NJW 1976 S. 144 (145) und oben S. 102ff.

7) Vgl. dazu ausführlich oben S. 63ff.
so auch H. Westermann, Handbuch I, Rdn. 220, 414; Kollhosser, NJW 1976 S. 144; Serwe S. 132; zuletzt auch BGHZ 68 S. 81 = NJW 1977 S. 1013 (obiter dictum).

8) Vgl. Kollhosser, NJW 1976 S. 144; in diesem Sinne auch Schramm, MDR 1963 S. 174 (175).

9) Dazu auch Kollhosser a.a.O.

10) Wieland I S. 575; Fischer, NJW 1959 S. 1057 (1060); ders. in Großkomm. HGB § 127 Anm. 7, § 117 Anm. 19; Baumbach-Duden § 140 Anm. 3 A, § 117 Anm. 1 D; Schlegelberger-Geßler als Gegner einer Mitwirkungspflicht für den Sonderfall einer mehrheitlich beschlossenen Entziehung § 117 Rdn. 8; Serwe S. 136ff; Kohler, NJW 1951 S. 5 (6); Schramm, MDR 1963 S. 174 (175); Erman, Festschrift Möhring I S. 3 (8); Nickel, JuS 1977 S. 14 (16); Pabst S. 208ff; Schmidt-Hern S. 140.

11) Erman a.a.O.

hungsklagen. Auch der Bundesgerichtshof läßt eine solche Klageverbindung neuerdings zu¹²⁾.

"Überwand die Literatur das Zeitproblem überwiegend dadurch, daß man die dogmatischen Bedenken herunterspielte¹³⁾, blieb das R e c h t s k r a f t p r o b l e m zunächst weitgehend unbeachtet¹⁴⁾. Die herrschende Lehre läuft Gefahr, daß das Ausschluß- oder Entziehungsurteil in Rechtskraft erwächst, während die Mitwirkungsklage in der Rechtsmittelinstanz anhängig bleibt und gegebenenfalls dort abgewiesen wird. Die Konsequenz eines solchen Falles ist, daß ein Gesellschafter rechtskräftig aus der Gesellschaft ausgeschlossen ist, obwohl die dem Ausschluß zugrunde liegende Klage sich im Nachhinein als unzulässig herausstellt.

12) BGHZ 68 S. 81 = NJW 1977 S. 1013; ausdrücklich offen gelassen noch von BGHZ 64 S. 253.

13) So vor allem Fischer mit seinem Einwand der "logizistischen Übertreibung" in NJW 1959 S. 1057 (1060); vgl. aber auch die Formulierung von Erman a.a.O.

14) Als erster weist darauf, soweit ersichtlich, Ulmer in Festschrift Geßler S. 269 (282) hin; vgl. auch ders., JZ 1976 S. 97; kritisch unter diesem Gesichtspunkt auch Lindacher, Festschrift Paulick S. 76; jetzt auch: Pabst S. 215; neuerdings BGHZ 68 S. 81 = NJW 1977 S. 1013 mit Anm. Haarmann/Holtkamp, NJW 1977 S. 1396.

§ 2 Vorabentscheidung über die Mitwirkungspflicht analog §§ 280, 303 ZPO

Trotz der Gefahr, sich den Vorwurf logizistischer Spielereien einzuhandeln¹⁾, ist der Versuch unternommen worden, der Verbindung von Mitwirkungs- und Ausschluß- bzw. Entziehungsklagen eine dogmatische Stütze in der Zivilprozeßordnung zu geben.

Vorgeschlagen wurde vor allem²⁾ eine Vorabentscheidung über die Mitwirkungspflicht durch Zwischenurteil (§ 303 ZPO) analog zu § 280³⁾ ZPO⁴⁾.

Unter einer Analogie versteht man die Übertragung der für einen Tatbestand oder für mehrere untereinander ähnliche Tatbestände im Gesetz gegebenen Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten, ihm ähnlichen Tatbestand. Der Grund für diese Übertragung ist darin zu finden, daß beide Tatbestände infolge ihrer Ähnlichkeit in den für die gesetzliche Bewertung entscheidenden Merkmalen auch gleich zu beurteilen sind; die Analogie beruht also letztlich auf dem allgemeinen Rechtsgedanken, daß Gleichartiges auch gleich zu behandeln ist⁵⁾.

Eine solche hinreichende Übereinstimmung in den für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Hinsichten kann zwischen dem in § 280 ZPO geregelten Tatbestand und dem vorliegenden Fall einer Ausschluß- bzw. Entziehungsklage nach vorhergehender Mitwirkungsklage nicht festgestellt werden.

1) Vgl. dazu S. 166 Fn. 13.

2) Gegen den Vorschlag Lindachers vgl. schon oben S. 137f. und unten S. 179.

3) § 280 n.F. entspricht etwa dem § 275 a.F.

4) Erstmals angedeutet von Kohler, NJW 1951 S. 5(6); Serwe S. 136ff (138); vgl. auch Lindacher, Festschrift Paulick S. 76/77; erweitert zu einer Gesamtanalogie zu §§ 280, 302, 304, 599 ZPO von Pabst S. 208ff (213).

5) Vgl. Larenz, Methodenlehre S. 366.

§ 280 ZPO ermöglicht eine Vorabentscheidung (§ 303 ZPO) über die Zulässigkeit⁶⁾ einer Klage⁷⁾. Die Mitwirkungsklage entscheidet hingegen nicht über das V o r l i e - g e n einer Zulässigkeitsvoraussetzung für die folgende Ausschluß- oder Entziehungsklage. Es steht bereits fest, daß diese Klage mangels Beteiligung aller Gesellschafter unzulässig ist. Die Mitwirkungsklage soll vielmehr die Teilnahme des unwilligen Gesellschafters erzwingen und so die Zulässigkeit der Ausschlußklage erst h e r - b e i f ü h r e n⁸⁾.

Der Vorschrift des § 280 ZPO liegt auch durchaus nicht als regelbestimmender Leitgedanke die Verhinderung divergierender Entscheidungen zugrunde. Sie kann daher allein wegen dieses wünschenswerten Ziels auch nicht im Wege der Analogie für das Verhältnis von Mitwirkungs- und Ausschluß- bzw. Entziehungsklagen fruchtbar gemacht werden⁹⁾. Ratio legis des § 280 ZPO ist die möglichst rationelle Bewältigung des Prozeßstoffs e i n e s Streitgegenstandes, also eine reine Zweckmäßigkeitsüberlegung¹⁰⁾. Aus diesem Grunde ermöglicht die Vorschrift eine abgesonderte Bearbeitung und Entscheidung der prozeßhindernden Einreden. Um gleichwohl eine einheitliche Behandlung des einen Streitgegenstandes zu gewährleisten, ergeht das Endurteil in der Hauptsache auflösend bedingt durch die Aufhebung des Zwischenurteils über die prozeßhindernden Einreden¹¹⁾.

6) Der Begriff der prozeßhindernden Einrede wird entgegen § 275 a.F. nicht mehr verwandt.

7) Eine Beschränkung wie nach den früheren §§ 274 Abs. 2, 275 besteht nicht mehr, vgl. Thomas-Putzo § 280 Anm. 1.

8) Das anerkennt auch Pabst S. 212/213, meint aber, diese speziellen Merkmale zugunsten einer generellen Betrachtung der Vorschrift außer acht lassen zu können (S. 214).

9) So aber Pabst S. 213, 215.

10) So zu § 304 ZPO Thomas-Putzo § 304 Anm. 1.

11) Vgl. dazu Rosenberg-Schwab § 58 III, 2 S. 296.

Bei Mitwirkungs- und Ausschlußklage handelt es sich demgegenüber nicht um Sachverhaltsteile eines einheitlichen Streitgegenstandes, der nur zur prozeßökonomischen Erledigung getrennt wurde, sondern um zwei unterschiedliche Ansprüche gegen unterschiedliche Personen, auch wenn sie auf im wesentlichen gleichartigen, tatsächlichen und rechtlichen Gründen beruhen¹²⁾. Es bleibt also zu Herstellung einer Ähnlichkeit zwischen den hier zur Debatte stehenden Sachverhalten nur die von ihren Anhängern auch für die Mitwirkungslehre gewünschte Rechtsfolge einer Abhängigkeit zwischen Ausschluß- bzw. Entziehungsurteil und Mitwirkungsurteil. Die Vergleichbarkeit einer vom Gesetz angeordneten Rechtsfolge mit der in einem anderen Fall für nötig befundenen Rechtsfolge vermag jedoch keine Analogie zu begründen¹³⁾.

Außerdem ist die hierher übertragene Rechtsfolge des § 280 ZPO - Zwischenurteil über die Mitwirkungspflicht, Endurteil über Ausschluß oder Entziehung - zur Problemereinigung nicht einmal geeignet¹⁴⁾. Die als Zwischenurteil (§ 303 ZPO) ergehende Vorabentscheidung über eine Mitwirkungspflicht "analog" § 280 ZPO wäre danach "in betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehen" (§ 280 Abs. 2), könnte also selbständig angefochten werden¹⁵⁾. Käme es dabei zum Stillstand des Verfahrens in der "Hauptsache" bis zur formellen Rechtskraft des Zwischenurteils¹⁶⁾, so wäre zwar das Rechtskraftproblem behoben. Die bei der üblichen Aufeinanderfolge von Mitwirkungs- und Ausschlußklage unter Ausschöpfung der Rechtsmittel eintretende unzumutbare Dauer der Prozesse würde bei die-

12) Vgl. Ulmer, JZ 1976 S. 97 (98).

13) Allein auf diesen Umstand aber stützen sich Serwe S. 138 und Pabst S. 213 letztlich.

14) Das verkennt Pabst S. 216, 217.

15) Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 275 Anm. II, 2; Thomas-Putzo § 280 Anm. 2.

16) Vgl. dazu Stein-Jonas-Schumann-Leipold § 275 Anm. III, 1.

sem Verfahren aber genausowenig vermieden. Insbesondere hat das Mitwirkungsurteil analog §§ 280, 303 ZPO keine Präjudizwirkung für die Ausschlußklage¹⁷⁾, selbst wenn die Verwandtschaft¹⁸⁾ der Voraussetzungen von Mitwirkungs- und Ausschlußanspruch einen Vorgriff auf die "Hauptsache" mit sich bringt¹⁹⁾. Die inhaltlichen Überschneidungen der beiden Verfahren, die nach Ansicht von Pabst²⁰⁾ im Falle einer Analogie nach § 280 ZPO die Prozeßdauer abschwächen könnten, gehen außerdem kaum über das bei einem Nacheinander der Verfahren gegebene Maß hinaus.

Dieser Verfahrensdauer kann auch durch einstweilige Maßnahmen nicht abgeholfen werden²¹⁾, selbst wenn man für diese angesichts ihres Übergangscharakters eine Mitwirkungspflicht ausnahmsweise anerkennt²²⁾. Eine einstweilige Verfügung zur Herbeiführung der Mitwirkung an den Klagen nach §§ 140, 117, 127 HGB scheitert schon daran, daß die Ersetzung der Ermächtigung zur Prozeßführung bereits eine endgültige Befriedigung der Gläubiger bedeuten würde²³⁾.

Ausschluß und Abberufung selbst können hingegen auch durch einstweilige Verfügung erfolgen. Dafür ist dann allerdings aus denselben Gründen wie bei der entsprechenden Klage ein Antrag aller übrigen Gesellschafter

17) Stein-Jonas-Schuman/Leipold § 275 Anm. I.

18) Vgl. dazu oben S. 169 Fn.12 und S. 143.

19) Vgl. dazu auch Stein-Jonas-Schuman/Leipold § 275 Anm. I.

20) Pabst S. 216, insbes. Fn. 2; vgl. auch oben S. Fn. 12.

21) So aber anscheinend Pabst S. 216/217.

22) So Kollhosser, Festschrift Westermann S. 275 (282), als im übrigen entschiedener Gegner einer Mitwirkungspflicht.

23) So auch Pabst S. 217 Fn. 2.

erforderlich²⁴⁾. Eine Ausnahme davon kann nur gemacht werden, wenn einer der Antragsberechtigten tatsächlich verhindert, die Suspendierung des Betroffenen zur Abwendung wesentlicher Nachteile für die Gesellschaft nötig und außerdem glaubhaft gemacht ist, daß auch der Fehlende den Antrag bei Kenntnis der Sachlage gestellt hätte²⁵⁾.

Diese Anträge sind nicht zu verwechseln mit dem Antrag auf einstweilige Entziehung der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis in einem Ausschlußverfahren nach § 140 HGB²⁶⁾. Zur Vermeidung von Schäden für die Gesellschaft durch ein Fehlverhalten des Auszuschließenden können diesem die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis oder auch andere Mitgliedschaftsrechte für die Dauer des Ausschlußverfahrens einstweilen entzogen werden²⁷⁾. Ein entsprechender Antrag fällt nicht unter §§ 117, 127 HGB. Er dient der Sicherung der Gesellschaft vor der Gefahr einer weiteren Schädigung während des Ausschlußverfahrens²⁸⁾ und kann deshalb auch von einem einzelnen Gesellschafter gestellt werden²⁹⁾.

Sowenig die behauptete Analogie zu § 280 ZPO bei einem Stillstand des Hauptverfahrens die Bedenken hinsichtlich der Verfahrensdauer überwindet, so problematisch ist die-

24) A. Hueck, OHG a.a.O.; wohl auch OLG Stuttgart, DB 1961 S. 1644; Fischer in Großkomm. HGB § 117 Anm. 27; Schlegelberger-Geßler § 117 Rdn. 18; a.A. Pabst S. 216/217 in irrtümlicher Berufung auf Fischer a.a.O. sowie Schlegelberger-Geßler a.a.O. Fn. 1 S. 217.

25) Vgl. Fischer in Großkomm. HGB § 117 Anm. 27; A. Hueck, OHG a.a.O.

26) So anscheinend Pabst a.a.O.

27) Vgl. dazu schon oben S. 128 und noch A. Hueck, OHG S. 151 Fn. 98.

28) Vgl. dazu OLG Stuttgart, DB 1961 S. 1644/1645 in Zusammenhang mit § 142 HGB.

29) So auch A. Hueck, OHG a.a.O.; Schlegelberger-Geßler § 117 Rdn. 18

se Konstruktion auch, wenn das Gericht "analog" § 280 Abs. 2 schon vor der Rechtskraft der Zwischenentscheidung über die Mitwirkungspflicht, über den Ausschluß oder über die Abberufung verhandelt und entscheidet³⁰⁾. Diese Entscheidung in der Hauptsache ergeht unter der stillschweigenden auflösenden Bedingung, daß das Zwischenurteil bestehen bleibt und wird von selbst hinfällig, wenn ihm durch eine Abänderung des Mitwirkungsurteils durch den Richter der höheren Instanz diese Grundlage entzogen wird, sollte es auch bereits formelle Rechtskraft erlangt haben³¹⁾. Ein solches auflösend bedingtes Ausschluß- oder Entziehungsurteil stellt nicht nur einen "mißlichen Schwebeszustand" her³²⁾, der besonders in dem auf Sicherheit und Klarheit angewiesenen Handelsverkehr nicht zu verantworten ist. Als auflösend bedingtes **G e s t a l t u n g s u r t e i l** ist eine solche Entscheidung vielmehr unzulässig, da Gestaltungsurteile aus den genannten Verkehrsschutzgründen unbedingt ergehen müssen³³⁾.

Insgesamt kann § 280 ZPO somit zur Verbindung von Mitwirkungs- und Ausschluß- oder Abberufungsklagen nicht analog herangezogen werden und ist zur Problemlösung zudem ungeeignet.

30) Ein Fall, der bei § 280 ZPO selten praktisch wird, da die Akten sich dann beim Rechtsmittelgericht des Zwischenstreits befinden, vgl. in anderem Zusammenhang BGHZ 29 S. 337 (340).

31) Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 275 Anm. IV, 1; Thomas-Putzo § 280 Anm. 3; Baumbach-Hartmann § 280 Anm. 8.

32) So Lindacher, Festschrift Paulick S. 73 (77).

33) Vgl. dazu Blomeyer S. 424; Grunsky, S. 55; Jauernig S. 98; vgl. auch: Erman-Hefermehl vor § 158 Rdn. 15; Soergel-Knopp § 158 Rdn. 36; der unter einer Potestativbedingung erfolgte Ausschluß in BGHZ 9 S. 157 (178) muß als nicht zu verallgemeinernder Sonderfall angesehen werden; zu diesem Urteil vgl. auch A. Hueck in DB 1953 S. 776ff.

Eine Gesamtanalogie³⁴⁾ zu §§ 280, 302, 304, 599 ZPO kommt ebensowenig in Betracht³⁵⁾. Die zu § 280 vorgetragenen Bedenken gelten für die übrigen Vorschriften umso mehr, als diese nach ihren Voraussetzungen mit der hier in Frage stehenden Konstellation überhaupt nicht vergleichbar, sondern auf jeweils unterschiedliche Sonderfälle zugeschnitten sind.

34) Vgl. dazu allgemein Larenz, Methodenlehre S. 369.

35) So allein Pabst S. 213.

§ 3 Die Durchbrechung des Prinzips der gemeinsamen Klage aller übrigen Gesellschafter

Ohne Verstoß gegen zivilprozessuale Grundsätze ist also nach den bisherigen Ausführungen eine Durchsetzung der Mitwirkungspflicht gleichzeitig mit den von allen übrigen Gesellschaftern zu erhebenden Klagen aus §§ 140, 117 und 127 HGB nicht möglich. Der BGH ist daher auf den einzigen sich anbietenden Ausweg¹⁾ verfallen, das in den genannten Vorschriften geregelte Prinzip einer Antragstellung aller übrigen Gesellschafter bei den Ausschluß- und Entziehungsklagen zu durchbrechen²⁾. Er meint, daß aus Gründen der Prozeßökonomie und nach Sinn und Zweck des § 140 HGB eine Ausnahme gemacht werden müsse³⁾. Zur Begründung verweist er darauf, daß auch bei der Ausschlußklage gegen mehrere Gesellschafter⁴⁾ eine Ausnahme von dem Grundsatz der gemeinsamen Klageerhebung aller übrigen Gesellschafter anerkannt ist⁵⁾. Überprüft man jedoch hier wie dort die Zulassung der Ausnahme anhand der Gründe, die Veranlassung für das gemeinsame Antragserfordernis aller übrigen Gesellschafter waren, so zeigt sich, daß die beiden Fälle nicht vergleichbar sind⁶⁾. Es kehren an dieser Stelle dieselben Argumente wieder, die auch schon zur Ablehnung der Mitwirkungspflicht selbst geführt haben⁷⁾. Dies kann auch nicht verwundern, wenn man weiß, daß für das prozessuale Erfordernis gemeinsamer Klageerhebung vor allem materiellrechtliche Gründe verantwortlich waren⁸⁾.

1) Vgl. schon Ulmer, JZ 1976 S. 97(98).

2) BGHZ 68 S. 81(83).

3) BGH aaO S. 84.

4) Vgl. dazu ausführlich oben S. 35 ff.

5) BGH aaO S. 83/84.

6) Vgl. zur Ausschlußklage gegen mehrere Gesellschafter oben S. 37.

7) Vgl. etwa oben S. 11ff. und S. 116ff.

8) Vgl. dazu oben S. 11ff.

Das gemeinsame Klageerfordernis aller Gesellschafter bezweckt unter anderem, daß ein Ausschluß nicht erfolgen soll, wenn diejenigen, die nachher die Gesellschaft fortführen sollen, gar nicht darüber einig sind, die Gesellschaft gemeinsam fortzusetzen⁹⁾. Bei der Ausschlußklage gegen mehrere Gesellschafter hindert dieser Normzweck die Ausnahme vom gemeinsamen Antragserfordernis aller Gesellschafter nicht. Dort reichte es aus, daß alle in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter klagten, während die übrigen im Klageerfallsfall die Gesellschaft verließen. Demgegenüber verbleibt der gleichzeitig mit dem Auszuschließenden auf Mitwirkung verklagte Gesellschafter in der Gesellschaft, obwohl seine weitere Mitarbeit nicht gewährleistet ist.

Entscheidender Grund gegen die Zulassung einer Ausnahme vom gemeinsamen Antragserfordernis bei der verbundenen Mitwirkungsklage ist schließlich der Umstand, daß es sich bei der Ausschluß- und Entziehungsbefugnis um ein Gemeinschaftsrecht handelt¹⁰⁾. Grundsätzlich kann nur die Fortsetzungsgemeinschaft der übrigen Gesellschafter den Ausschluß im Klagewege durchsetzen. Bei der Ausschlußklage gegen mehrere konnte davon eine Ausnahme gemacht werden¹¹⁾, weil der jeweils mit auszuschließende Gesellschafter an der Ausübung dieser Befugnis gegenüber dem anderen keinerlei Interesse mehr hatte. Er wurde ja ebenfalls aus dem Verband ausgeschlossen oder aber die Klage wurde insgesamt abgewiesen, und der alte Personalbestand blieb erhalten¹²⁾. Das ist bei der von der Mitwirkungslehre angestrebten Ausnahme anders. Der zur Mitwirkung verurteilte Gesellschafter verbleibt gegen seinen

9) Vgl. Schlegelberger-Geßler § 140 Rdn. 10; vgl. auch oben S. 11.

10) Vgl. dazu oben S. 21ff.

11) Vgl. zu den anderen Ausnahmen, die entgegen Fischer, NJW 1959 S. 1057 (1060) und BGHZ 68 S. 81 = NJW 1977 S. 1013 noch weniger als Parallele herangezogen werden können, oben S. 46 ff.

12) Vgl. ausführlich oben S. 38

Willen auf unabsehbare Zeit in dem durch Ausschluß personell veränderten Verband und wird dort andauernd mit neuen Pflichten belegt. Er ist daher - anders als ein Mitausgeschlossener¹³⁾ - von der verfügungsähnlichen Wirkung des Ausschlusses in seinem privatautonomen Interessenbereich massiv betroffen. Vor allem diese gemeinschaftsrechtliche Natur der Ausschlußbefugnis hindert daher eine Durchbrechung des gemeinsamen Antragserfordernisses aller Gesellschafter durch die Zulassung einer Verbindung von Mitwirkungs- und Ausschluß- oder Entziehungsklagen. Sowenig wie materiellrechtlich eine Mitwirkungspflicht an den Klagen aus §§ 140, 117, 127 HGB anzuerkennen ist, sowenig ist diese zusammen mit der Ausschluß- oder den Abberufungsklagen ohne Verstoß gegen unabdingbare Grundsätze entweder der §§ 140, 117, 127 HGB oder der Zivilprozeßordnung in zumutbaren Zeiträumen verfahrensrechtlich durchsetzbar.

Dies alles gilt auch, wenn man die Mitwirkungspflicht in eine Duldungspflicht umfunktioniert und dann eine Klage auf Ausschluß oder Abberufung eines Gesellschafters in Verbindung mit einer Klage gegen die mitwirkungsunwilligen Gesellschafter auf Duldung dieser Maßnahme zuläßt¹⁴⁾. Auch dieser Lösungsvorschlag stellt eine Durchbrechung des gemeinsamen Klageerfordernisses aller Gesellschafter dar, die aus denselben Gründen scheitern muß wie die Verbindung von Mitwirkungs- und Ausschlußklage.

Das Ergebnis einer solchermaßen verbundenen Duldungsklage wäre ein Zwangsvertrag zu Lasten des angeblich Duldungspflichtigen, der - anders als bei der Mitwirkungslehre - nicht einmal formal (§ 894 ZPO) an der Vertragsänderung beteiligt wäre¹⁵⁾.

13) Vgl. oben S. 38.

14) So Lindacher, Festschrift Paulick S. 73 (78ff.).

15) Vgl. dazu und zu den materiellrechtlichen Bedenken oben S. 137.

Nur wenn man mit dem Bundesgerichtshof und entgegen der hier vertretenen Auffassung im vorliegenden Fall eine weitere Ausnahme vom Prinzip der gemeinsamen Antragstellung aller übrigen Gesellschafter machen will, stellt sich noch das Folgeproblem, wie denn die zur Lösung der Rechtskraftproblematik erforderliche Verbindung von Mitwirkungs- und Ausschlußklage prozessual zu bewerkstelligen ist¹⁶⁾. Das Prozeßrecht bietet hier eine Lösung an, freilich nicht, wie der BGH meint, in § 66 ZPO¹⁷⁾. Diese Vorschrift vermag eine getrennte Anfechtung und gegebenenfalls unterschiedliche Entscheidung von Mitwirkungs- und Ausschließungs- oder Entziehungsklage nicht zwingend zu verhindern. Der auf Mitwirkung verklagte Gesellschafter muß dem auf Ausschluß verklagten keineswegs unter Einlegung eines Rechtsmittels als Streithelfer beitreten. Es ist auch nicht so, daß er allein an dem Ausgang des Ausschließungsprozesses interessiert ist¹⁸⁾. Der auf Ausschluß verklagte Gesellschafter ist am Ergebnis der Mitwirkungsklage mindestens ebenso interessiert, wird durch deren Abweisung die Klage gegen ihn doch unzulässig.

Der auf Mitwirkung verklagte Gesellschafter ist nicht nur rechtlich interessierter Dritter an einem zwischen a n d e r e n anhängigen Prozeß¹⁹⁾, wie dies § 66 ZPO voraussetzt, § 140 HGB verlangt vielmehr, daß er als Kläger Partei des Ausschlußstreits sein soll. Gerade darum versucht die herrschende Auffassung, ihn ja zur Mitwirkung zu zwingen.

Wenn man es zuläßt, daß ein klageunwilliger Gesellschafter gemeinsam mit dem Auszuschließenden auf Mitwirkung verklagt werden kann, ist dieser in Anlehnung an den Ausnahmefall des gleichzeitigen Ausschlusses mehrerer

16) Vgl. dazu oben S. 166 und BGHZ 68 S. 81 = NJW 1977 S. 1013.

17) BGH a.a.O. S. 85.

18) Vgl. BGH a.a.O.

19) Vgl. zu dieser Voraussetzung Stein-Jonas-Pohle § 66 Anm. 2; Baumbach-Hartmann § 66 Anm. 2 A; BGH NJW 1975 S. 927.

Gesellschafter²⁰⁾ notwendiger Streitgenosse des Auszuschließenden (§ 62 Abs. 1 1. Fall ZPO)²¹⁾. Es besteht zwar auch hier angesichts der unterschiedlichen Streitgegenstände keine notwendige Streitgenossenschaft aus **m a t e r i e l l r e c h t l i c h e n** Gründen²²⁾. Wie bei der doppelten Ausschlußklage²³⁾ aber sind der auf Mitwirkung und der auf Ausschluß verklagte Gesellschafter bei Zulassung einer Klageverbindung notwendige Streitgenossen aus **p r o z e ß r e c h t l i c h e n** Gründen.

Ist die gleichzeitig mit der Ausschlußklage erhobene Mitwirkungsklage erfolglos, so ist nach dem Grundsatz des § 140 HGB auch die Ausschlußklage als unzulässig abzuweisen, weil es an der dafür notwendigen Mitwirkung aller übrigen Gesellschafter fehlt. Umgekehrt ist für die Klage auf Mitwirkung ebenfalls die Teilnahme aller übrigen Gesellschafter erforderlich. Dies ergibt sich daraus, daß es sich bei der Entscheidung über die Klage auf Mitwirkung um eine Entscheidung auf der Vertragsebene der Gesellschaft handelt, bei der - wenn nicht statutmäßig anders geregelt - alle Gesellschafter bis auf den Betroffenen zusammenwirken müssen. Für den Fall der Abweisung der Ausschlußklage ist damit nicht nur die Unbegründetheit, sondern wegen des Fehlens des Auszuschließenden bei der Klage auf Mitwirkung die Unzulässigkeit dieser Klage anzunehmen²⁴⁾. Die Notwendigkeit der Teilnahme aller übrigen Gesellschafter an der Ausschließungs- und Mitwirkungsklage ist eine von Amts wegen und vor Eintritt in eine Sachprüfung festzustellende Prozeßvoraussetzung²⁵⁾.

20) Vgl. dazu ausführlich oben S. 40 ff.

21) So schon Haarmann/Holtkamp, NJW 1977 S. 1396.

22) Vgl. bei der Ausschlußklage oben S. 40.

23) Vgl. dazu oben S. 35 ff.

24) Vgl. dazu oben S. 30 ff.

25) Vgl. ausführlich oben S. 31.

Bei ihrer Prüfung kann das Gericht im Rahmen der Ausschlußklage bei Bestehen einer Mitwirkungspflicht die Mitwirkungs e r k l ä r u n g ²⁶⁾ nicht als abgegeben ansehen, weil diese Erklärung nur persönlich abgegeben oder aufgrund eines Urteils gegen den Zustimmungspflichtigen nach § 894 ZPO ersetzt werden kann. Ebensowenig kann im Zustimmungsstreit die durch den Ausschluß eintretende Umgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses angenommen werden. Dafür bedarf es vielmehr des gestaltenden Ausschlußurteils. Erst eine rechtskräftige Entscheidung über die eine Klage führt zur Zulässigkeit der anderen Klage und umgekehrt.

Bei einem Nacheinander von Mitwirkungs- und Ausschließungsklage wäre die Rechtskraft des ersten Urteils für die Entscheidung im zweiten Prozeß notwendig. Die Abhängigkeit von der Rechtskraft eines Urteils in einem anderen Prozeß im Falle des Nacheinander der Prozesse führt bei der Verbindung der Prozesse zur notwendigen Streitgenossenschaft aus prozeßrechtlichen Gründen (Fall der Rechtskrafterstreckung)²⁷⁾. Es ergibt sich die Notwendigkeit einer einheitlichen Entscheidung gem. § 62 I 1. Alt. ZPO.

Die Rechtskraftproblematik würde durch die Annahme der notwendigen Streitgenossenschaft hier ebenso wie im Fall der gegen mehrere Gesellschafter gerichteten Ausschlußklage zwanglos gelöst: Rechtskraft tritt in beiden Prozessen erst ein, wenn keiner der Streitgenossen mehr das Urteil anfechten kann²⁸⁾.

Dies alles würde auch für eine insoweit vergleichbare Verbindung von Zustimmungs- und Entziehungsklage zu gelten haben, wenn eine solche Klageverbindung grundsätzlich zuzulassen wäre.

26) Anerkennt man mit der h.M. eine Mitwirkungspflicht, so ist die Klage auf Mitwirkung regelmäßig auf deren mildeste Form einer Ermächtigung zur Prozeßführung der übrigen Gesellschafter als Prozeßstandschafter zu richten; vgl. dazu Serwe S. 136 und ausführlich zur Ermächtigung oben S. 63 ff.

27) Vgl. Rosenberg-Schwab § 50 II S. 255; Thomas-Putzo § 62 Anm. 3.

28) Sосsсhоn Haarmann/Holtkamp, NJW 1977 S. 1396.

5. Teil

Hinweise für eine vertragliche Problemlösung und Zusammenfassung

§ 1 Vertragliche Regelungsmöglichkeiten

Verbot der Grundsatz der Privatautonomie nach der durchgeführten Untersuchung einen Zwangsvertrag zu Lasten des mitwirkungsunwilligen Gesellschafters durch Anerkennung einer Mitwirkungspflicht an den Klagen nach §§ 140, 117, 127 HGB, so eröffnet er den Beteiligten in Form der Vertragsfreiheit andererseits die Möglichkeit, den Ausschluß von Mitgesellschaftern und die Entziehung von Mitgliedschaftsrechten in einer dem Typus i h r e r Gesellschaft entsprechenden Weise zu regeln. Angesichts der verhältnismäßig geringen Zahl obergerichtlicher Entscheidungen¹⁾ wird man davon ausgehen dürfen, daß Konflikte über die Funktionenverteilung in der Gesellschaft und die Trennung von Mitgesellschaftern auch bisher vorwiegend durch privatautonome Vereinbarungen der Beteiligten beigelegt wurden. Eine Umfrage, die P a b s t bei den Landgerichten vorgenommen hat, scheint dies zu bestätigen, wenngleich er statistisch verwertbares Zahlenmaterial über den Umfang der ehemals anhängigen Streitigkeiten, "in denen die Mitwirkungspflicht einzelner Gesellschafter zur Abänderung von Grundlagen der Gesellschaft bei Personengesellschaften als Problem eine Rolle gespielt hatten", nicht vorlegen konnte²⁾. Die Gründe für diese zurückhaltende Inanspruchnahme der Gerichte liegen angesichts der dabei auftretenden Schwierigkeiten auf der Hand: die voraussichtliche Dauer des Verfahrens³⁾, das wegen der noch nicht hinrei-

1) Vgl. oben S. 85 Fn. 2.

2) Vgl. Pabst S. 56.

3) Vgl. dazu oben S. 164/165.

chend konkretisierten Tatbestandsvoraussetzung des "wichtigen Grundes" nur schwer abschätzbares Prozeßrisiko, die für den Ruf der Gesellschaft abträgliche Publizität eines solchen Prozesses und dessen - vom Ergebnis völlig unabhängige - negative Auswirkung auf die Zusammenarbeit der Gesellschafter; dies alles sind Gründe für eine teilweise oder gänzlich außergerichtliche Durchführung von Ausschluß und Abberufung. Daß auch diesen nicht ohne erhebliche Reibungsverluste abgeht, weil entsprechende Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag fehlen, kann nur vermutet werden. In der Vertrauensatmosphäre des Gründungsaktes liegen Gedanken an Ausschluß und Entziehung naturgemäß besonders fern, und die Formularbücher⁴⁾ geben für eine vertragliche Modifizierung des Verfahrens keine Hilfen⁵⁾. Zum Schluß soll daher untersucht werden, inwieweit durch vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten der Ausschluß- und Entziehungsverfahren⁶⁾ die dargestellten Mitwirkungsprobleme überwunden werden können.

4) Vgl. etwa: Sudhoff S. 129, 246; Potthoff-Zintzen-Halft S. 192, 203, 325; Möhle S. 78, 184; Wurm-Wagner-Zartmann S. 785; Schneider-Martin S. 135.

5) So auch Ulmer, JZ 1977 S. 97 (98).

6) Zu den Erleichterungen durch materielle Abwandlungsmöglichkeiten, insbesondere durch Veränderung oder Abbedingung des wichtigen Grundes vgl.: Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 49ff; Fischer, daselbst § 127 Anm. 17; H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit S. 245ff, 216ff; H. Westermann, Handbuch I Rdn. 422; Gogos S. 66; Schlegelberger-Geßler § 117 Anm. 14; A. Hueck, OHG I 29 I, 2b S. 436; ders., Gesellschafterbeschlüsse S. 719ff; Schramm S. 22ff; ders., MDR 1961 S. 177; vgl. auch die konkreten Beispiele bei Sudhoff S. 493, 442, 422; zum Ausschluß durch Beschluß ohne wichtigen Grund vgl. vor allem BGH WM 1973 S. 842 und neuerdings die Einschränkung durch BGHZ 68 S. 213 = DB 1977 S. 1132 = MDR 1977 S. 732 = WM 1977 S. 685 = JuS 1977 S. 766 = BB 1977 S. 768 = NJW 1977 S. 1292.

I. Ausschluß und Abberufung von Gesellschaftern durch Beschluß

Ausgangspunkt jeder vertraglichen Abwandlung der §§ 140, 117 und 127 HGB ist die Möglichkeit, Ausschluß und Abberufung eines Gesellschafters anstatt im Klagewege durch Gesellschafterbeschluß herbeizuführen.

1. Die Zulässigkeit eines Mehrheitsbeschlusses über diese Maßnahmen

Daß die §§ 140, 117 und 127 HGB im Gesellschaftsvertrag abbedungen und abweichend von § 119 HGB durch einen entsprechenden Mehrheitsbeschluß ersetzt werden können, wird inzwischen⁸⁾ kaum noch angezweifelt⁹⁾. Das gerichtliche

7) Zu den vertraglichen Möglichkeiten einer Regelung der Art der Beschlußfassung vgl. Sudhoff S. 427.

8) Vgl. zum Streitstand in der älteren Rspr. und Literatur A. Hueck, *Gesellschafterbeschlüsse* S. 700 (722).

9) RG ZAKDR 1938 S. 818; RG DR 1943 S. 808 mit Anm. Barz S. 809; BGH WM 1957 S. 1406 = BB 1957 S. 1086 = BGH LM Nr. 6 zu § 140 HGB; BGHZ 31 S. 295 = WM 1960 S. 106 = NJW 1960 S. 625 = MDR 1960 S. 204 = BB 1960 S. 150 = BGH LM Nr. 7 zu § 140 HGB; BGH WM 1961 S. 171 = BGHZ 34 S. 80 (insoweit unvollständig); BGH WM 1962 S. 462; BGHZ 47 S. 293; BGH WM 1968 S. 532; BGH WM 1973 S. 326; BGH WM 1973 S. 843; BGHZ 68 S. 213 = BB 1977 S. 768 = NJW 1977 S. 1292 = DB 1977 S. 1132 = MDR 1977 S. 732 = WM 1977 S. 685 = JuS 1977 S. 766, alle zu § 140 HGB. Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 140 Anm. 14; Weipert, RGRK-HGB § 140 Anm. 32; Fischer in *Großkomm. HGB* § 117 Anm. 28; ders. ebenda § 128 Anm. 18; ders. Anm. zu BGH LM Nr. 7 § 140 HGB; Ulmer in *Großkomm. HGB* § 140 Anm. 51; Schlegelberger-Geßler § 140 Anm. 19; Baumbach-Duden § 140 Anm. 13; A. Hueck, OHG § 29 I 2b S. 434 und I 10 VII, 11b S. 158; ders., *Gesellschafterbeschlüsse* S. 700 (722ff, 718ff); H. Westermann, *Handbuch I Rdn.* 422, Rdn. 228; Schramm, MRD 1963 S. 174; H.P. Westermann, *Typengesetzlichkeit* S. 224 ff, S. 242ff; vgl. auch S. 162 Fn. 4; Ulmer, BB 1976 S. 950. A.A. soweit ersichtlich nur Merkel, MDR 1961 S. 729; vgl. auch ders., BB 1960 S. 1039 und NJW 1968 S. 1366; nur einen einstimmigen Beschluß erlaubt Reichel, AcP 137 S. 339 (343); undeutlich insoweit Laufke S. 50.

Ausschließungs- und Entziehungsverfahren dient nicht der Richtssicherheit allgemein, sondern dient ihr im Interesse der beteiligten Gesellschafter, für die angesichts der Bedeutung der Entscheidung klare Verhältnisse geschaffen werden sollen¹⁰⁾. Es liegt daher auch in der Hand der Gesellschafter selbst, die gesetzlichen Regelungen interessengemäß abzuwandeln. Dem Gesetz kann nicht entnommen werden, daß der Grundsatz der autonomen Selbstgestaltung hier zurückzutreten habe, um den Rechtsverkehr oder die Gesellschafter vor sich selbst zu schützen. Die Interessen Dritter werden bei der Entziehung der Geschäftsführung durch Beschluß gar nicht berührt¹¹⁾ und bei der Entziehung der Vertretungsmacht und dem Ausschluß bereits durch § 15 HGB hinreichend geschützt¹²⁾.

Bleiben also die Interessen der Gesellschafter selbst, die einer Beschlußlösung entgegenstehen können. Es ist zuzugeben, daß der von der Regelung der §§ 140, 117, 127 HGB unter anderem bezweckte Schutz des Betroffenen¹³⁾ bei einem Mehrheitsentscheid erheblich reduziert ist¹⁴⁾. Der Beschluß, bei dem der Betroffene kein Stimmrecht hat¹⁵⁾, wird bereits mit Bekanntgabe an ihn wirksam (vgl. § 737 Satz 3 BGB)¹⁶⁾, so daß er, etwa beim Ausschluß, sofort seine Mitgliedschaftsrechte verliert¹⁷⁾. Diese Nachteile

10) BGHZ 31 S. 295 (299/300); Schramm, MDR 1963 S. 174 (177); H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit S. 244.

11) Vgl. dazu Fischer in Großkomm. HGB § 117 Anm. 28.

12) BGHZ 31 S. 300; Schramm, MDR 1963 S. 174 (177).

13) Dazu oben S. 12.

14) Hier setzt vor allem Merkel mit seiner Kritik an, vgl. MDR 1961 S. 731.

15) Völlig h.M. vgl. statt aller: Fischer in Großkomm. HGB § 127 Anm. 18, § 119 Anm. 22; Scholz, SJZ 1949 S. 2 (9).

16) H.M. vgl. etwa: BGHZ 31 S. 302; Fischer in Großkomm. HGB § 17 Anm. 28; Ulmer daselbst § 140 Anm. 51; Merkel, MDR 1961 S. 731; A. Hueck, OHG § 29 I, 2b S. 437; vgl. auch Erman, Festschrift Möhring I S. 3 (9/10).

17) Vgl. dazu Merkel, MDR 1961 S. 730.

für den potentiell Betroffenen zugunsten des Beschleunigungseffekts eines vereinbarten Beschlußverfahrens in Kauf zu nehmen, kann den Gesellschaftern aber nicht verwehrt werden. Außerdem könnte auch im Klageverfahren mit Hilfe einer einstweiligen Verfügung eine zumindest vorläufige Sofortwirkung der Maßnahmen der §§ 140, 117, 127 HGB herbeigeführt werden¹⁸⁾.

Auch die mit der Beschlußlösung entstehende Rechtsunsicherheit¹⁹⁾ für die Gesellschafter, die dadurch eintritt, daß der Beschluß im Wege einer nachfolgenden Feststellungsklage auf seine Rechtmäßigkeit überprüft werden kann²⁰⁾, hindert die Zulassung eines Mehrheitsbeschlusses nicht. Die Gesellschafter selbst entscheiden in freier Vertragsgestaltung, ob sie dieser Unsicherheit Gewicht beimessen wollen²¹⁾. Sie sollten dabei zur Begrenzung des Schwebezustandes allerdings eine Frist vereinbaren, innerhalb derer die Feststellungsklage erhoben werden muß²²⁾. Als angemessen könnte hier die Berufungsfrist des § 516 ZPO vereinbart werden.

Auch die Folgen einer eventuell erfolgreichen Feststellungsklage sind weniger fatal als Merkel annimmt²³⁾. Stellt das Gericht die Unwirksamkeit eines Ausschließungsbeschlusses fest, so ist der Betroffene nach wie vor Gesellschafter und haftet vor allen Dritten für Gesellschaftsschul-

18) Vgl. dazu Erman, Festschrift Möhring I S. 3ff; Fischer in Großkomm. HGB § 117 Anm. 27; vgl. auch oben S.

19) Vgl. dazu BGHZ 31 S. 295; Fischer in Großkomm. HGB § 119 Anm. 18.

20) Über die Unabdingbarkeit dieser Rechtsschutzmöglichkeit ist man einig, vgl. etwa: RGDR 1943 S. 809; BGH BB 1957 S. 1056 = WM 1957 S. 1186; BGHZ 31 S. 299; Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 48, 52; Fischer, daselbst § 119 Anm. 18; A. Hueck, OHG § 29 I, 2b S. 436.

21) Vgl. dazu H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit S. 245.

22) So geschehen im Fall BGHZ 68 S. 213.

23) Vgl. Merkel, MDR 1961 S. 731.

den. Dies gilt auch, wenn sein Ausscheiden inzwischen im Handelsregister eingetragen wurde, da die Falscheintragung einen Gläubiger nicht hindert, sich auf die wahre Rechtslage zu berufen²⁴⁾. Der zu Unrecht ausgeschlossene Gesellschafter selbst kann bei Beeinträchtigung seiner Vermögensinteressen die Mitgesellschafter gegebenenfalls auf Schadensersatz in Anspruch nehmen²⁵⁾.

2. Zur Bestimmtheit der Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag

Nun sollte sich allerdings niemand der Illusion hingeben, daß man mit der Vereinbarung eines Beschlußverfahrens zum Ausschluß und zur Abberufung von Mitgesellschaftern ein vollkommen problemloses Instrument gefunden hat. Ging es bei der Mitwirkungsproblematik im Rahmen der Klagen nach §§ 140, 117, 127 HGB um die Frage, wie die Gesellschaftermehrheit vor der Unvernunft eines einzelnen geschützt werden kann, ohne dessen Vertragsfreiheit zu beeinträchtigen, so stellt sich bei einem Beschlußverfahren umgekehrt die Frage nach einem Schutz der Minderheit vor der Willkür der Mehrheitsgesellschafter. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, das allgemeine Problem der Schranken von Mehrheitsbeschlüssen über Grundlagenänderungen der Personengesellschaft zu erörtern²⁶⁾. Hier soll lediglich die Einführung des Mehrheitsprinzips durch entsprechende Vertragsvereinbarungen untersucht und dabei auf Parallelen und Unterschiede zum gesetzlichen Verfahren nach den §§ 140, 117, 127 HGB hingewiesen werden.

24) H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit S. 245.

25) BGHZ 31 S. 295 (302); Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 52.

26) Vgl. zum Einstieg etwa: Spengler, Festschrift Möhring I S. 165; Fischer, Festschrift Barz S. 33 (40ff) und auch Fn. 28.

Die Beachtung des sogenannten Bestimmtheitsgrundsatzes bei der Einführung des Mehrheitsprinzips stellt allerdings auch schon eine Art präventiven Minderheitenschutz dar²⁷⁾. Nach diesem Grundsatz reicht eine Mehrheitsklausel nicht weiter, als es ihrem eindeutigen Erklärungswert entspricht. Die häufig in Gesellschaftsverträgen getroffenen *a l l g e m e i n e n* Vereinbarungen, daß Vertragsänderungen mit Mehrheit beschlossen werden können, werden von der Rechtsprechung²⁸⁾ sehr restriktiv ausgelegt, eine Interpretation, der sich die Literatur²⁹⁾ überwiegend angeschlossen hat. Der Ausschluß eines Gesellschafters und die Entziehung von Geschäftsführungs- oder Vertretungsmacht als für die Betroffenen besonders schwerwiegende Maßnahmen fallen regelmäßig nicht unter eine solch unpräzise Formel³⁰⁾. Anknüpfungspunkt und Rechtfertigung für die Forderung nach einer genauen Bestimmung der Gegenstände der Mehrheitsklausel ist, wie auch für ihre Einführung selbst, die Freiheit *a l l e r* Gesellschafter zur autonomen Gestaltung

27) Vgl. dazu Martens, DB 1973 S. 418; Fischer, Festschrift Barz S. 33 (41).

28) RGZ 91 S. 168 (109); RGZ 114 S. 393 (395); RGZ 151 S. 321 (326); RGZ 163 S. 385 (391); RG JW 1926 S. 2987; BGH DB 1961 S. 402 = WM 1961 S. 303; BGH WM 1961 S. 301 = LM Nr. 8 zu § 138 HGB, besprochen von Kollhoser in Festschrift Bärmann S. 533 (539) und dazu H.P. Westermann in Festschrift Hefermehl S. 225 (230); BGHZ 8 S. 35 (42); BGHZ 38 S. 251 (253); BGHZ 68 S. 213 = NJW 1977 S. 1292 und die weiteren Quellen S. 181 Fn. 6.

29) Fischer in Großkomm. HGB § 118 Anm. 18; ders., Festschrift Barz S. 33 (40ff); Schlegelberger-Geßler § 119 Anm. 19; Baumbach-Duden § 119 Anm. 2 B; Staudinger-Keßler § 705 Anm. 42; § 709 Anm. 9, 15ff; Soergel-Schulze-von Lasaulx § 709 Anm. 13; A. Hueck, OHG § 11 IV, 3 S. 178; ders., Gesellschafterbeschlüsse S. 700; Spengler, Festschrift Möhring I S. 165 (175); U.H. Schneider, ZGR 1972 S. 357 (370); Martens, DB 1973 S. 413; Nitschke S. 89ff.

30) So ausdrücklich für den Ausschluß: BGHZ 8 S. 40; BGH WM 1961 S. 303 (304); BGHZ 68 S. 213 = NJW 1977 S. 1292.

ihres Gesellschaftsverhältnisses. Jeder Gesellschafter muß, wenn nicht im Augenblick der Beschlußfassung, so doch zumindest antezepativ, im Zeitpunkt der Gesellschaftsvertragsvereinbarung der voraussehbaren Änderung konkreter Beschlußinhalte zugestimmt haben. Ein solches Einverständnis im vorhinein vermag die spätere aktuelle Zustimmung aber nur zu ersetzen, wenn eine genügend bestimmte Regelung vorlag, der jeder Gesellschafter Inhalt und Grenzen künftiger Mehrheitsbeschlüsse entnehmen konnte³¹⁾.

Diese im Rahmen des Beschlußverfahrens getroffenen Feststellungen reizen dazu, erneut auf die Parallele bei der klageweisen Durchführung von Ausschluß und Abberufung hinzuweisen³²⁾. Sowenig wie hier mit Hilfe einer allgemeinen Mehrheitsklausel die Vertragsfreiheit des einzelnen Gesellschaftsmitglieds überspielt werden darf, sowenig kann man bei einer Vertragsänderung im Wege der Klagen nach §§ 140, 117, 127 HGB die privatautonome Entscheidung eines änderungsunwilligen Gesellschafters mit Hilfe einer auf dem doch recht unsicheren Boden der Treuepflicht gegründeten Mitwirkungsverpflichtung unterlaufen.

3. Die Anhörung des Betroffenen vor Beschlußfassung

Daß der Betroffene bei der Beschlußfassung in eigener Sache kein Stimmrecht hat, wurde bereits festgestellt³³⁾. Wenn er an der Beschlußfassung aber nicht beteiligt werden muß, so stellt sich die Frage, ob die Gesellschafterversammlung nicht verpflichtet ist, ihm wenigstens vor

31) Martens, DB 1973 S. 413 (414/415).

32) Vgl. schon oben S. 119.

33) Vgl. oben S. 183 Fn. 15; ausführlich Schramm, S. 63ff.

Beschlußfassung rechtliches Gehör³⁴⁾ zu gewähren.

Es wurde bereits herausgearbeitet, daß die Notwendigkeit einer Teilnahme aller Gesellschafter an den g e r i c h t - l i c h e n Verfahren nach §§ 140, 117, 127 HGB nicht zuletzt den Zweck verfolgt, ihnen allen rechtliches Gehör einzuräumen³⁵⁾. Bei Durchführung dieser Maßnahmen aufgrund eines vertraglich vorgesehenen Mehrheitsbeschlusses erscheint es zwar ratsam, den Betroffenen zu hören³⁶⁾. Ein ohne seine Anhörung gefaßter Beschluß verstößt jedoch nicht gegen Art. 103 Abs. 1 GG³⁷⁾.

Daß den übrigen Gesellschaftern im eigenen Interesse eine Anhörung des Betroffenen dringend zu empfehlen ist, dürfte nicht bestritten werden. Sollte aufgrund unzureichender Informationen³⁸⁾ ein unwirksamer Beschluß ergehen, sind Schwierigkeiten bei der Wiederherstellung des alten Zustandes und unter Umständen auch Schadensersatzansprüche des Betroffenen nicht ungewöhnlich³⁹⁾. Die Anhörung des Betroffenen ist also opportun; ihre Ermöglichung stellt jedoch grundsätzlich keine Rechtspflicht dar, die in einem späteren Feststellungsverfahren⁴⁰⁾ über die Wirksamkeit des Beschlusses gerügt werden könnte.

34) Zum Grundsatz des rechtlichen Gehörs im gerichtlichen Verfahren vgl. Kollhosser, Verfahrensbeiträge § 4 S. 80 ff

35) S.o. S. 25.

36) Vgl. dazu im Hinblick auf die Treuepflicht: H. Westermann, Handbuch I Rdn. 740 in Zusammenhang mit § 140 HGB; Staudinger-Keßler zu § 737 BGB Anm. 2; Soergel-Schultze-von Lasaulx § 737 Rdn. 7; Palandt-Thomas § 737 Anm. 1; RGZ 169 S. 330 (338); die bei Staudinger-Keßler und Soergel-Schultze-von Lasaulx zitierten Urt. der OLG Braunschweig, OLG 2 S. 342 und OLG Hamburg, HansGZ Beibl. 33 betreffen den V e r e i n, vgl. RGZ a.a.O.

37) Fischer, RGRK-BGB § 737 Anm. 3; ders. Anm. zu BGH LM Nr. 7 zu § 140 HGB; A. Hueck, OGH S. 437 Fn. 10; auch Schramm S. 59ff; Schneider-Martin S. 138/139; Seydel, NWB Fach 18 S. 91.

38) Vgl. zu diesem Zweck der Gewährung rechtlichen Gehörs im gerichtlichen Verfahren Kollhosser, Verfahrensbeiträge § 4 II, 6 c S. 92.

39) So auch A. Hueck, OHG S. 437 Fn. 10.

40) Vgl. zu dieser Möglichkeit beim Verein: BGHZ 55 S. 381 (391) = NJW 1971 S. 879 = WM 1971 S. 538 (542); anders Schramm S. 6 der dies auch für die von ihm anerkannten Fälle des Gehöran-

Art. 103 GG gilt nach seinem Wortlaut nur für Verfahren vor staatlichen Gerichten⁴¹⁾. Nach ständiger Rechtsprechung des RG⁴²⁾ und des BGH⁴³⁾ zum Vereinsrecht ist es zwar "ein Gebot der natürlichen Gerechtigkeit"⁴⁴⁾, einem beschuldigten Vereinsmitglied vor dem Vereinsgericht ebenfalls rechtliches Gehör zu gewähren, selbst wenn die Satzung dies nicht vorsieht. Diese in der Autonomie der Vereinsgerichtsbarkeit begründete Verpflichtung ist auf den Ausschluß oder die Abberufung eines Gesellschafters durch Mehrheitsbeschluß der Gesellschafterversammlung jedoch grundsätzlich nicht übertragbar. Die Gesellschafterbeschlüsse auf Ausschluß eines Gesellschafters oder Entziehung von Vertretungs- oder Geschäftsführungsbefugnissen aus wichtigem Grund unterliegen einer vollen gerichtlichen Überprüfung. Der Betroffene oder auch ein Minderheitsgesellschafter kann den Beschluß mit der Feststellungsklage angreifen. In diesem Verfahren wird dem Betroffenen dann umfassend rechtliches Gehör eingeräumt. Auf seine Anhörung im Beschlußverfahren kann daher verzichtet werden⁴⁵⁾. Für den Fall, daß nach dem Gesellschaftsvertrag ein Ausschluß durch Beschluß auch ohne wichtigen Grund möglich ist⁴⁶⁾, hält Hueck⁴⁷⁾ zu Recht eine Anhörung überdies auch für überflüssig. Der Betroffene hat bei Vertragsabschluß diesen grundlosen Ausschluß ermöglicht. Eine ihn schützende Anhörung, die nur dem Vorbringen von Gegengründen dienen könnte, ist also sinnlos.

41) BVerfG 27 S. 88 (103) = NJW 1970 S. 228; BVerfG 9 S. 89 (95) = NJW 1959 S. 427; BGHZ 29 S. 352 (355) = NJW 1969 S. 982 = WM 1959 S. 636 (637).

42) RGJW 1915 S. 1424 (1426); RGJW 1925 S. 49; RGHR 1942 Nr. 779; RGZ 171 S. 205.

43) BGHZ 29 S. 352 (355) = NJW 1959 S. 982 = WM S. 336 (637); BGH NJW 1960 S. 1861; BGHZ 55 S. 381 (391) = NJW 1971 S. 879 = WM 1971 S. 538 (542).

44) Vgl. Reinicke, NJW 1975 S. 2048 (2049) m.w.Nach. in Fn. 5.

45) So auch: Fischer, RGRK-BGB § 737 Anm. 3; ders. Anm. zu BGH LM Nr. 7 zu § 140 HGB; A. Hueck, OHG S. 437 Fn. 10; auch Schramm S. 59ff; Schneider-Martin S. 138/139; Seydel, NWB Fach 18 S. 91.

46) Vgl. dazu oben S. 182 Fn. 6

47) A. Hueck, OHG § 29 I, 2b S. 437 Rn. 10.

4. Die gerichtliche Nachprüfung des Beschlusses im Wege der Feststellungsklage

Daß mit der vertraglichen Einführung des Mehrheitsprinzips die Mitwirkungsprobleme nicht völlig beseitigt sind, wird spätestens deutlich, wenn man sich näher mit der Klage auf Feststellung der Wirksamkeit eines solchen Mehrheitsentscheids über Ausschluß oder Abberufung eines Gesellschafters beschäftigt. Auf die Unverzichtbarkeit dieser gerichtlichen Nachprüfung der Voraussetzungen und des Verfahrens einer Ausschließung oder Abberufung durch Beschluß wurde bereits hingewiesen⁴⁸⁾.

Problematisch ist auch hier, wer in welcher Parteirolle an dieser Klage mitwirken muß. Klagt - wie in den wohl überwiegenden Fällen - der Betroffene auf Feststellung der Unwirksamkeit des ihn ausschließenden oder abberufenden Beschlusses, so kommen als Klagegegner in Betracht: die Gesellschaft, die Mehrheitsgesellschafter oder alle Gesellschafter. Die Stellungnahmen in Rechtsprechung⁴⁹⁾ und Literatur⁵⁰⁾ halten im Grundsatz überwiegend eine Klage gegen alle Gesellschafter für erforderlich. Bei näherer Betrachtung stellt sich allerdings heraus, daß sie dieses

48) Vgl. statt aller Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 52.

49) BGH WM 1965 S. 709; BGH BB 1966 S. 1169; OLG Hamburg, BB 1967 S. 1267; a.A. BGH 1957 S. 1086 = WM 1957 S. 1406 = LM Nr. 6 zu § 140 HGB; a.A. wohl auch BGHZ 30 S. 195 (198) als Vorfrage zur gleichzeitigen Klage auf Feststellung der Mitwirkung bei der Anmeldung des Ausscheidens im Handelsregister.

50) Weipert, RGRK-HGB § 119 Anm. 17; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 119 Anm. 5; Schlegelberger-Geßler § 119 Rdn. 9; Brodmann, JW 1931 S. 775 (777); A. Hueck, OHG § 11 V, 2 d S. 185; H. Westermann, Handbuch Rdn. 228; a.A. Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 52; Fischer, daselbst § 119 Anm. 18.

Erfordernis zum Teil für eine bloße Zweckmäßigkeitsvoraussetzung halten⁵¹⁾ und im Einzelfall auch eine Feststellungsklage gegen die Mehrheitsgesellschafter ausreichen lassen⁵²⁾.

Zu Recht wird jedenfalls eine Klärung der Wirksamkeit des Beschlusses zwischen dem Betroffenen und der Gesellschaft abgelehnt⁵³⁾, sofern nicht entsprechende vertragliche Vereinbarungen vorliegen⁵⁴⁾. Es geht hier nicht um den Streit eines Gesellschafters mit der Gesellschaft, sondern um den Streit zwischen Gesellschaftern über die Grundlagen ihrer Gesellschaft, um den personellen Bestand der Gesellschaft oder die Verteilung ihrer wesentlichen Verwaltungsbefugnisse. Diese Entscheidungen sind der Disposition der Gesellschaft und ihrer Organen entzogen⁵⁵⁾.

Die Klage des Betroffenen auf Feststellung der Wirksamkeit eines Mehrheitsbeschlusses über den Ausschluß oder die Abberufung eines Gesellschafters ist daher in Anlehnung an die Rechtslage bei den entsprechenden Gestaltungsklagen gegen alle übrigen Gesellschafter zu richten. Für eine Feststellungsklage gegen nur einen Teil der anderen Gesellschafter fehlt dem Betroffenen das Rechtsschutzinteresse.

51) So besonders deutlich OLG Hamburg, BB 1967 S. 1267 und ausdrücklich A. Hueck, OHG § 11 V, 2 d S. 185/186.

52) Eine Klage gegen alle übrigen Gesellschafter verlangen ausnahmslos: Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 119 Anm. 5; Weipert, RGRK-HGB § 119 Anm. 17; Schlegelberger-Geßler in Großkomm. HGB § 140 Anm. 9; Brodmann, JW 1931 S. 775 (777); wohl auch: H. Westermann, Handbuch I Rdn. 228; BGH BB 1966 S. 1169.

53) So BGH BB 1966 S. 1169; BGH WM 1965 S. 709.

54) Vgl. dazu BGH BB 1966 S. 1169, wo insbesondere darauf hingewiesen wird, daß dann auch ein Feststellungsinteresse für eine solche Klage besteht, weil die Gesellschafter aufgrund der vertraglichen Abrede schuldrechtlich verpflichtet sind, das ergehende Urteil zu befolgen; Fischer in Großkomm. HGB § 119 Anm. 18.

55) Vgl. BGH WM 1965 S. 709; BGH BB 1966 S. 1169; vgl. auch oben S. 28 für die Gestaltungsklagen.

Auch wenn das Feststellungsurteil die Rechtsstellung der übrigen Gesellschafter nicht unmittelbar umgestaltet, stellt es doch die Wirksamkeit der durch den Beschluß eingetretenen Veränderung der vertraglichen Grundlagen der Gesellschaft für alle Beteiligten verbindlich fest. Die dabei neben der Überprüfung des Verfahrens erfolgende Feststellung der Ausschluß- oder Entziehungsvoraussetzungen kann nur im Verhältnis zu allen Gesellschaftern erfolgen⁵⁶⁾. Außerdem ist auch den Minderheitsgesellschaftern rechtliches Gehör zu gewähren (Art. 103 Abs. 1 GG)⁵⁷⁾. Gerade weil sie anderer Auffassung sind, ist ihre Stellungnahme wichtig, um ein interessengerechtes Ergebnis zu erzielen. Oberdies kommt ihre Anhörung gerade dem Interesse des Betroffenen besonders entgegen, da sie jedenfalls bei der Beschlußfassung für ihn gestimmt haben⁵⁸⁾.

Entscheidend gegen das Feststellungsinteresse einer Klage nur gegen die Mehrheit spricht aber, daß dem Betroffenen mit einem gegen einen Teil oder einzelne seiner Mitgesellschafter erstrittenen Feststellungsurteil nicht gedient ist, weil die übrigen Gesellschafter von der Rechtskraft dieses Urteils nicht erfaßt werden⁵⁹⁾. Ein solches Feststellungsurteil hätte somit keine endgültig streitbeilegende Wirkung⁶⁰⁾. Dem kann auch nicht entge-

56) Vgl. dazu für die Gestaltungsklage selbst oben S. 25.

57) Vgl. zu diesem Grundsatz im Rahmen der Gestaltungsklagen oben S. 24 vgl. allgemein zum Grundsatz des rechtlichen Gehörs Kollhosser, Verfahrensbeteiligte § 4 S. 80ff.

58) Vor allem diese Gesichtspunkte übersieht BGH BB 1957 S. 1086 = ausführlicher WM 1957 S. 1406 (1407) = LM Nr. 6 zu § 140 HGB bei einem Vergleich mit der entsprechenden Gestaltungsklage.

59) So im Grundsatz auch OLG Hamburg, BB 1967 S. 1267; das verkennt BGH WM 1957 S. 1406 (1407), wenn er irrtümlich (vgl. oben S. 14 ff) eine Parallele zur angeblich bei der Gestaltungsklage nötigen umfassenden Gestaltungswirkung zieht.

60) Vgl. zu dieser Voraussetzung Rosenberg-Schwab § 94 III, 1 S. 490.

gegehalten werden, daß der Betroffene die bei der Beschlußfassung überstimmten Minderheitsgesellschafter deshalb nicht notwendig mitverklagen müsse, weil diese ja inhaltlich ohnedies seiner Meinung seien⁶¹⁾. Die Minderheitsgesellschafter werden häufig den Mehrheitsbeschluß mittragen, wie sie es im Gesellschaftsvertrag versprochen haben. Außerdem ist keineswegs garantiert, daß sie bei ihrer Meinung bleiben.

Gerade der Prozeß und die damit verbundenen Unzuträglichkeiten können schnell einen Meinungsumschwung herbeiführen⁶²⁾, vor allem, wenn noch neuer Tatsachenstoff vgetragen wird. Dies alles macht deutlich, daß alle Gesellschafter verklagt werden müssen, um den Streit endgültig und mit der erforderlichen Sicherheit zu bereinigen.

Nur so werden schließlich auch unterschiedliche Urteile verhindert. Würden die Minderheitsgesellschafter zunächst nicht mitverklagt und hielten sie sich später nicht an ein obsiegendes Feststellungsurteil des Betroffenen gegen die Mehrheit, so müßten sie erneut verklagt werden, womöglich mit einem anderen Ergebnis. Die Mißlichkeit solcher nur gegen einzelne Gesellschafter betriebene Klagen wird besonders deutlich, wenn nur noch ein Teil der übrigen Gesellschafter in die Berufung geht, in der das landgerichtliche Urteil aufgehoben wird, an dem noch alle anderen Gesellschafter teilgenommen hatten⁶³⁾.

61) So aber OLG Hamburg a.a.O.; in diesem Sinne auch A. Hueck, OHG § 11 V, 2 d S. 185/186.

62) Ein Beispiel dafür ist BGH WM 1957 S. 1406 (1407), wo in einem Prozeß gegen den Ausgeschlossenen auf Feststellung der Wirksamkeit seines Ausschlusses zwischen 1. und 2. Instanz eine Aussöhnung des Betroffenen mit einem Teil der Kläger und Familienangehörigen erfolgte.

63) Bedenklich daher BGH WM 1957 S. 1406 (1407); dieses Bedenken betont auch H. Westermann, Handbuch I Rdn. 228; BGHZ 30 S. 195 (199) will diese Folgen hingegen unter Hinweis auf § 62 ZPO in Kauf nehmen; ihm folgend Fischer in Großkomm. HGB § 119 Anm. 18; ebenso Ulmer, daselbst § 140 Anm. 52; vgl. auch BGHZ 23 S. 73 (76).

Dies alles macht deutlich, daß eine Klage des Betroffenen auf Feststellung der Unwirksamkeit seines Ausschlusses oder seiner Abberufung gegen alle übrigen Gesellschafter zu richten ist.

Wenn es umgekehrt erforderlich wird, den Betroffenen auf Feststellung der Wirksamkeit des Ausschluß- oder Entziehungsbeschlusses zu verklagen⁶⁴⁾, wachsen die Mitwirkungsprobleme noch. Die Minderheitsgesellschafter könnten sich - wie im Fall der Gestaltungsklagen - weigern, an der Feststellungsklage gegen den nach ihrer Ansicht zu Unrecht ausgeschlossenen oder abberufenen Gesellschafter teilzunehmen.

Da sich die Minderheitsgesellschafter im Gesellschaftsvertrag hinsichtlich solcher Vertragsänderungen dem Mehrheitsprinzip unterworfen haben, muß man sie zwar für verpflichtet halten, an einer erforderlich werdenden Feststellungsklage teilzunehmen⁶⁵⁾. Es bleibt aber das Problem der gerichtlichen Durchsetzung dieser Verpflichtung.

Anders als bei den entsprechenden Gestaltungsklagen nach den §§ 140, 117, 127 HGB ist hier jedoch keine Teilnahme aller übrigen Gesellschafter auf der K l ä g e r - seite erforderlich.

Der Feststellungsausspruch gestaltet das Gesellschaftsverhältnis nicht unmittelbar um. Diese Umgestaltung ist bereits durch den im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Beschluß eingetreten, dessen Wirksamkeit festgestellt werden soll. Es wird somit nicht über einen Gegenstand entschieden, über den nur alle Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit Verfügungsbefugt sind⁶⁶⁾.

64) So im Fall BGH WM 1957 S. 1406 (1407).

65) So im Zusammenhang mit einer mehrheitlich beschlossenen Gestaltungsklage H. Westermann, Handbuch I Rdn. 421; Erman, Festschrift Möhring I S. 3 (8).

66) Vgl. zu diesem wesentlichen Unterschied gegenüber den Gestaltungsklagen oben S. 21 ff.

Für eine zulässige Feststellungsklage reicht es auch im Hinblick auf das Feststellungsinteresse aus, daß **ü b e r h a u p t** alle Gesellschafter an der Feststellungsklage beteiligt sind.

Die Rechtskraft dieses Feststellungsurteils erstreckt sich auf alle Gesellschafter, so daß die Kläger auch das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis für diese Feststellungsklage haben. Ihnen allen ist im Verfahren rechtliches Gehör eingeräumt, und bei der Feststellung der Ausschluß- oder Entziehungsvoraussetzungen in der Person des Betroffenen kann das Verhalten aller Gesellschafter berücksichtigt werden. Ein schutzwürdiges Interesse des betroffenen Gesellschafters an einer Beteiligung der Minderheitsgesellschaft auf der Klägerseite besteht hier im Unterschied zum Gestaltungsklageverfahren nicht. Dieses Schutzes der §§ 140, 117 oder 127 HGB hat sich der Betroffene selbst durch die Anerkennung des Mehrheitsprinzips im Gesellschaftsvertrag begeben. Auch die Minderheitsgesellschaften werden durch dieses Verfahren nicht in schützenswerten Interessen betroffen. Sie haben sich im Gesellschaftsvertrag verpflichtet, auch im Falle einer Änderung der Vertragsgrundlagen durch einen mehrheitlich beschlossenen Ausschluß oder eine mehrheitliche Entziehung von Verwaltungsbefugnissen die Arbeit in der Gesellschaft fortzusetzen. Tritt eine solche Vertragsänderung durch den entsprechenden Beschluß dann ein, so kann den Minderheitsgesellschaften durch ein nachfolgend gegen sie ergehendes, diese Vertragsänderung lediglich feststellendes Urteil keine Rechtsposition mehr entzogen werden, die sie nicht bereits bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages freiwillig aufgegeben hätten.

Der Streit wird auch bei dieser Art der Beteiligung aller Gesellschafter an der Feststellungsklage ihnen allen gegenüber rechtskräftig beigelegt und die Gesellschaft dann vertragsgemäß fortgesetzt.

II. Die vertragliche Vereinfachung des Ausschluß- und Abberufungsprozesses

Nun wird sich nicht jeder Gesellschafter bei der Gründung einer Personenhandelsgesellschaft mit einem Mehrheitsbeschlußverfahren in so wichtigen Fragen wie dem Ausschluß eines Gesellschafters oder dessen Abberufung von der Vertretung oder Geschäftsführung einverstanden erklären. Er will sich nicht damit begnügen, einen solchen Beschluß erst nachträglich als Kläger angreifen zu können⁶⁷⁾, sondern die in den §§ 140, 117, 127 HGB aus guten Gründen geschaffene Garantie eines *g e r i c h t - l i c h e n* Verfahrens von vornherein in Anspruch nehmen. Es liegt daher nahe, das mit erheblichen Schwierigkeiten verbundene⁶⁸⁾ gerichtliche Verfahren durch vertragliche Regelungen zu vereinfachen, anstatt es gänzlich durch ein Mehrheitsbeschlußverfahren zu ersetzen.

1. Der Vorschlag Ulmers

Einen Weg zur Einbeziehung einer gerichtlichen Klärung in die vertragliche Regelung der Ausschluß- und Entziehungsverfahren weist *U l m e r* mit seinem Vorschlag, den Gesellschafterausschluß durch eine entsprechende Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag an die rechtskräftige Urteilsfeststellung über das Vorliegen eines Ausschlußgrundes zu binden. Diese Urteilsfeststellung ist danach aufschiebende Bedingung für die im Gesellschaftsvertrag getroffene Vereinbarung über das Ausscheiden eines Gesellschafters unter Fortsetzung der Gesellschaft durch die übrigen⁶⁹⁾.

67) Vgl. zu dieser Möglichkeit oben S. 190.

68) Vgl. dazu oben S. 164 ff.

69) Ulmer, JZ 1976 S. 97 (98).

Eine verfahrensrechtliche Vereinfachung stellt diese auch für die Entziehung von Geschäftsführung und Vertretung mögliche Vertragsregelung nur dann dar, wenn die Klage auf Feststellung eines wichtigen Grundes auch von einem vertraglich bestimmten Teil der übrigen Gesellschafter gegen den Betroffenen erhoben werden kann⁷⁰⁾, etwa von den Mehrheitsgesellschaftern. Anders als bei der nachträglichen Klage auf Feststellung der Wirksamkeit eines Ausschlusses durch Beschluß, wo jedenfalls alle Gesellschafter überhaupt an dem Verfahren beteiligt sein müssen, besitzt hier auch ein vertraglich bestimmter Teil der übrigen Gesellschafter ein hinreichendes Feststellungsinteresse zur Klageerhebung. Das Feststellungsurteil stellt den im Gesellschaftsvertrag bestimmten Bindungseintritt dar, durch den die vereinbarte Maßnahme endgültig allen gegenüber wirksam wird. Es ist dabei unwesentlich, daß das Urteil nicht allen Gesellschaftern gegenüber in Rechtskraft erwächst. Das Zusammenspiel zwischen Urteil und vertraglicher Vereinbarung führt zu einem Ausschluß oder zu einer Abberufung, die gegenüber allen Gesellschaftern schuldrechtliche Wirkung erlangen. Es besteht somit auch ein Rechtsschutzbedürfnis eines vertraglich bestimmten Teils der Gesellschafter an einer Klarstellung durch das Feststellungsurteil⁷¹⁾. Bei dieser Lösung werden weder Interessen des auf Feststellung verklagten Betroffenen noch solche der an der Klage nicht beteiligten Gesellschafter beeinträchtigt. Sie alle haben sich im Gesellschaftsvertrag mit dieser Verfahrensweise einverstanden erklärt.

70) Ulmer, a.a.O.

71) So ausdrücklich unter Hinweis auf die sich in Zusammenhang mit einer vertraglichen Regelung ergebende schuldrechtliche Bindung BGH BB 1966 S. 1169; vgl. auch Fischer in Großkomm. HGB § 19 Anm. 18; anders, wenn eine solche vertragliche Vereinbarung fehlt, vgl. dazu die Ausführungen oben S.139.

2. Ausschluß und Abberufung durch eine mehrheitlich beschlossene Klage der Mehrheit als Prozeßstandschafter

Naheliegender noch als dieser von Ulmer vorgeschlagene Verzicht auf die Gestaltungsklagen erscheint jedoch eine vertragliche Vereinfachung des vom Gesetz angebotenen Gestaltungsklageverfahrens.

Nach den bisherigen Feststellungen genügt es für die Zulässigkeit einer Ausschluß- oder Entziehungsklage, wenn ein Teil der übrigen Gesellschafter gleichzeitig als Prozeßstandschafter für die nicht teilnehmenden handelt⁷²⁾. Dies können sich die Gesellschafter schon bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages in der Weise zunutze machen, daß sie für die Frage der Erhebung einer Ausschluß- oder Entziehungsklage einen Mehrheitsbeschluß vorsehen und außerdem schon jetzt die Mehrheit zur Klageerhebung ermächtigen⁷³⁾.

Durchgreifende Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit einer solchen Ermächtigung bestehen nicht⁷⁴⁾. Zwar steht zum Zeitpunkt der Erteilung der Ermächtigung noch nicht fest, wie sich die Mehrheiten später zusammensetzen werden und wer von der Ausschluß- oder Abberufungsklage betroffen sein wird. Da aber durch den Vertrag jeder Gesellschafter jeden einzelnen anderen ermächtigen kann, wird so auch die sich später bildende Mehrheit ermächtigt. Die Variationsmöglichkeiten in der Zusammensetzung der späteren Mehrheit sind für jeden der Gesellschafter hinreichend überschaubar. Daß er jede mögliche Rechtsfolge seiner Er-

72) S. o. S. 63 ff.

73) Für diese Möglichkeit im Rahmen von § 140 Ulmer in Großkomm. HGB § 140 Anm. 53; für § 141 vgl. Schlegelberger-Geßler § 141 Rdn. 5; Weipert, RGRK-HGB § 141 Anm. 5; zweifelnd Schramm S. 47 Fn. 115; ders., MDR 1963 S. 175 Fn. 14.

74) So aber Schramm a.a.O.

mächtigung im einzelnen übersieht, ist nicht erforderlich⁷⁵⁾. Der Ermächtigende weiß, daß möglicherweise einmal der für seinen Eintritt in die Gesellschaft entscheidende Mann Betroffener einer solchen Klage sein kann; er sieht auch voraus, daß er sich später möglicherweise auf der Seite der Gegner einer Klage wiederfindet, zu deren Erhebung er heute im vorhinein sein Plazet gibt. Grundsätzliche Bedenken bestehen angesichts solcher Entwicklungsmöglichkeiten nicht, unterwirft sich der Ermächtigende ihnen doch im Gesellschaftsvertrag⁷⁶⁾.

Es ist auch nicht so, daß der Ermächtigende seine Ermächtigung jederzeit widerrufen und dadurch die vorgeschlagene Regelung zu einem sehr unsicheren Instrument machen könnte. Die Ermächtigung wird im Rahmen eines Vertrages erteilt und dient zumindest auch dem Interesse der Ermächtigten⁷⁷⁾. Als solche ist sie, wie eine sachlich-rechtliche Vollmacht, grundsätzlich unwiderruflich⁷⁸⁾. Ein Widerruf ist nur entsprechend dem allgemeinen Rechtsgedanken aus wichtigem Grund zulässig⁷⁹⁾. Als einen solchen kann der Ermächtigende natürlich später nicht geltend machen, daß er im konkreten Fall keinen wichtigen Grund für einen Ausschluß sehen könne und daher gegen eine Klageerhebung sei. Mit Klageerhebung ist ein Widerruf gänzlich ausgeschlossen, wie ein Blick auf die sachlich-rechtliche Vorschrift des § 183 BGB zeigt⁸⁰⁾.

75) So bei der sachlich-rechtlichen Vollmacht Soergel-Hefermehl § 107 Rdn. 9.

76) So auch Erman, Festschrift Möhring I S. 3 (8) für die Vollmacht.

77) Vgl. schon oben S. 65.

78) Vgl. Soergel-Schultze-von Lasaulx § 183 Rdn. 5; in diesem Zusammenhang auch Erman a.a.O.; vgl. auch schon oben S. 62.

79) So auch Erman a.a.O. für die sachlich-rechtliche Vollmacht.

80) So RGZ 164 S. 240 (242); Rosenberg, JZ 1952 S. 137.

Genauso unbedenklich wie die Vereinbarung eines Mehrheitsbeschlusses über die Klageerhebung unter gleichzeitiger Ermächtigung der Mehrheit ist auch die Kombination von Mehrheitsbeschluß und Bevollmächtigung⁸¹⁾ zur Klage⁸²⁾.

Vereinbart man neben solchen Änderungen für die Ausschluß- und Entziehungsverfahren noch eine Schiedsgerichtsklausel⁸³⁾, so kann man die Prozedur weiter erleichtern⁸⁴⁾. Dem Verfahren würde die für ein Wirtschaftsunternehmen ungünstige Publizität genommen und das Schiedsgericht könnte eine beschleunigte Klärung der Streitigkeiten herbeiführen.

§ 2 Zusammenfassung

An den Klagen auf Ausschluß eines Gesellschafters (§ 140 HGB) sowie auf Entziehung der Geschäftsführungs- (§ 117 HGB) oder Vertretungsmacht (§ 127 HGB) müssen grundsätzlich **a l l e** übrigen Gesellschafter mitwirken. Eine **A u s n a h m e** von diesem Grundsatz kann bei der **A u s s c h l u ß k l a g e** in drei Fällen gemacht werden: Beim gleichzeitigen Ausschluß mehrerer Gesellschafter, bei Vorliegen einer Verpflichtungserklärung des nicht mitwirkenden Gesellschafters, im Klageerfolgsfall freiwillig.

81) Zur Bevollmächtigung vgl. oben S. 61.

82) Vgl. Ermann a.a.O. S. 7, 8.

83) Die Zulässigkeit einer Schiedsgerichtsklausel ist hier allgemein anerkannt; vgl. Fischer in Großkomm. HGB § 117 Anm. 31, § 127 Anm. 20; umfassend auch Erman, Festschrift Möhring I S. 3ff.

84) So Ulmer, JZ 1976 S. 97.

lig mitauszuscheiden und im Falle der Ermächtigung der klagenden Gesellschafter durch den an der Klage nicht teilnehmenden.

Bei den **E n t z i e h u n g s k l a g e n** ist die gleichzeitige Abberufung mehrerer Geschäftsführer oder Vertreter nur bei Vorliegen eines gleichen Entziehungsgrundes möglich. Erklärt ein geschäftsführungsbefugter oder vertretungsberechtigter Gesellschafter mit Rechtskraft der Entziehungsklage gegen den Mitberechtigten seine Befugnis ebenfalls aufzugeben, so kann auf seine Teilnahme an dieser Klage verzichtet werden. Eine Ermächtigung zur Erhebung der Entziehungsklagen durch die übrigen Gesellschafter ist ebenso wie bei der Ausschlußklage möglich.

Eine **M i t w i r k u n g s p f l i c h t** des einzelnen Gesellschafters besteht weder bei der Ausschluß- noch bei den Entziehungsklagen, und zwar weder aus Treuepflicht noch aufgrund der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

Die von der herrschenden Ansicht zugelassene **V e r b i n d u n g v o n M i t w i r k u n g s - u n d A u s s c h l u ß - b z w. E n t z i e h u n g s - k l a g e** verstößt gegen zivilprozessuale Grundsätze oder aber solche der §§ 140, 117, 127 HGB, so daß eine Mitwirkungspflicht in zumutbaren Zeiträumen auch nicht durchgesetzt werden kann. Der Konflikt ist mit Hilfe der vorrangigen gesetzlichen Regelungen, insbesondere der Möglichkeit zum Ausschluß des klageunwilligen Gesellschafters zu lösen, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag Lösungsmöglichkeiten vorsieht.

Als solche kommen neben der Möglichkeit von Ausschluß und Abberufung durch Mehrheitsbeschluß vor allem zwei Regelungen in Betracht. Einmal kann man die durch Beschluß zu treffende Maßnahme von einem rechtskräftigen Feststellungsurteil über den wichtigen Grund abhängig machen. An dieser Feststellungsklage brauchen anders als an der ent-

sprechenden Gestaltungsklage nicht alle, sondern nur die vertraglich berufenen Gesellschafter teilzunehmen. Noch vorteilhafter erscheint es, die Gestaltungsklagen selbst in der Weise vertraglich zu vereinfachen, daß über die Klageerhebung mit Mehrheit entschieden und die Mehrheit als Prozeßstandschafter zur Prozeßführung für die Minderheit ermächtigt wird. Mitwirkungsprobleme treten auch bei dieser Regelung nicht auf.

Das Ergebnis entspricht der allgemeinen Bedeutung der Vertragsautonomie im Gesellschaftsrecht. Die Gesellschafter sind die Herren des Vertrages; sie können zur Mitwirkung an seiner Veränderung im Wege der Klagen nach §§ 140, 117 und 127 HGB nicht gezwungen werden, sondern sich nur freiwillig im Gesellschaftsvertrag oder später zu einer Teilnahme an solchen Veränderungen verpflichten.

Lebenslauf

Am 25. September 1947 wurde ich als Sohn des Gastwirts Franz Holtkamp und seiner Ehefrau Agnes, geb. Amrath, in Drensteinfurt geboren.

Ich wuchs mit zwei jüngeren Brüdern in Münster auf, wo ich 1967 am Wilhelm-Hittorf-Gymnasium die Reifeprüfung ablegte. Anschließend leistete ich meinen Wehrdienst bei der Bundeswehr.

Von 1969 bis 1973 studierte ich Rechtswissenschaft in Münster. Vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm bestand ich am 2. Februar 1974 die erste juristische Staatsprüfung.

In den Jahren 1974 bis 1976 war ich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen. Am 25. Oktober 1976 bestand ich vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf das zweite juristische Staatsexamen.

Ich bin seit 1974 wissenschaftliche Hilfskraft an der Westfälischen Wilhelms-Universität.

